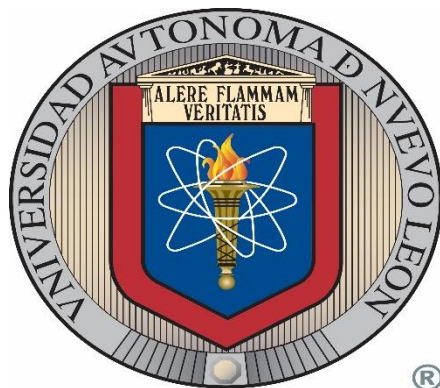


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**EFFECTOS DE LA INCAPACIDAD DE GOCE COMO CAUSAL DE
NULIDAD, ADAPTADA A LA BIDIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD
CONFORME A LAS TEORÍAS DE LAS NULIDADES Y DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

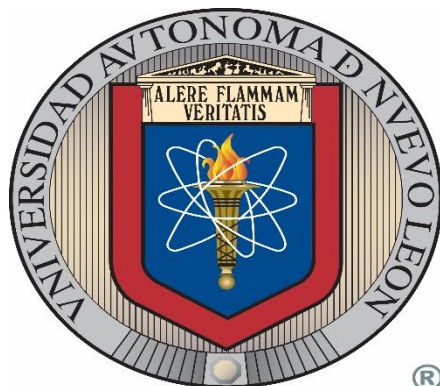
POR

FERNANDO MÁRQUEZ RIVAS

**PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

FEBRERO, 2020

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**EFFECTOS DE LA INCAPACIDAD DE GOCE COMO CAUSAL DE
NULIDAD, ADAPTADA A LA BIDIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD
CONFORME A LAS TEORÍAS DE LAS NULIDADES Y DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

POR

FERNANDO MÁRQUEZ RIVAS

**PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ
DIRECCIÓN DE TESIS**

**DR. MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
CODIRECTOR DE TESIS**

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO FEBRERO, 2020



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
UNIVERSIDAD DE LA SALLE BAJÍO**

T E S I S

*“Efectos de la incapacidad de goce como causal de nulidad,
adaptada a la Bidimensión de la Capacidad conforme a las
Teorías de las Nulidades y de los Derechos Fundamentales”*

**S U S T E N T A
FERNANDO MÁRQUEZ RIVAS**

**PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

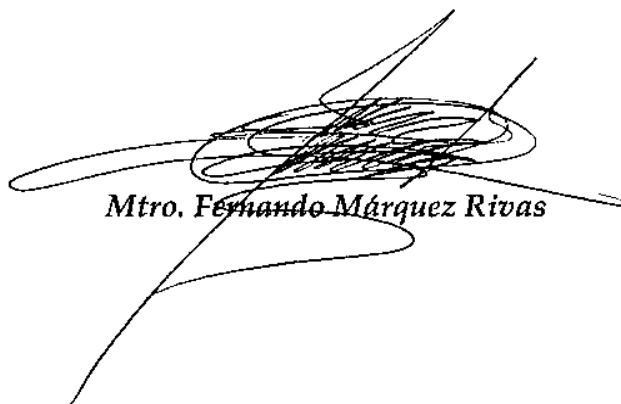
**Director de Tesis *Dr. Francisco J. Gorjón Gómez*
Co-Director *Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga***

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Declaro que el documento que en seguida se presenta es fruto de mi propio trabajo el cual no contiene material previamente publicado o escrito por otra persona, con excepción de los trabajos o ideas que por ser de otros autores se han tratado con el debido reconocimiento procediendo a su citación según corresponde.

Declaro además que tampoco contiene material que haya sido previamente aceptado para el otorgamiento de cualquier otro grado o diploma de alguna universidad o institución educativa.

La fecha de conclusión de la investigación es el 30 de octubre de 2019



Mtro. Fernando Márquez Rivas

Ciudad Universitaria, 30 de octubre de 2019

AGRADECIMIENTOS

A **DIOS** omnipotente trono de la sabiduría; de quien recibo todo, por haberme regalado la vida; y en especial, por permitirme cursar éste Doctorado, culminar mi tesis doctoral, y llegar hasta éste momento.

A la **UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**, *a través de la Facultad de Derecho y Criminología, y la División de Estudios de Posgrado*, por el apoyo que se me brindó para cursar éste Doctorado, lo mismo que a la *Dirección de la Facultad de Derecho* de la **UNIVERSIDAD DE LA SALLE BAJÍO**, por haber hecho posible ésta oferta académica, a través del convenio realizado para con la primera.

Al **Dr. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ**, tutor y director de mi Tesis, quien ha encauzado adecuadamente mis inquietudes e impulsado para culminar dignamente éste trabajo a través de su excelente gestión del conocimiento mediante las reuniones frecuentes que se tuvieron a lo largo de éste trayecto, la revisión y sus observaciones constructivas, de quien admiro su capacidad intelectual, su profesionalismo, su disciplina y su generosidad.

Al **Dr. MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA**, co-tutor, docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío, quien me ha brindado un acompañamiento cercano, por sus sugerencias y sobre todo por promover en mí persona el acceso a la cultura de la investigación, buscando la correlación con el tratamiento conceptual y lingüístico en la realización de la tesis.

A la **MTRA. MARIELA HUERTA GUERRERO**, Directora de la Facultad de Derecho de la *Universidad De La Salle Bajío*, por haberme impulsado y apoyado de manera inconmensurable para estudiar éste Doctorado, de quien admiro su calidad humana, su disciplina y su constancia.

A los anteriores Rectores de la **UNIVERSIDAD DE LA SALLE BAJÍO**, Señores: **Mtro. Andrés Govela Gutiérrez, FSC** y **Mtro. Martín Rocha Pedrajo, FSC**, por el humanismo, la sensibilidad y el apoyo brindado a sus docentes para cursar éste tipo de programas académicos de doctorado, y al actual Rector, **Hermano Marco Aurelio González Cervantes, FSC**, por esa férrea convicción de seguir impulsando las líneas que han trazado sus predecesores.

A los Doctores **Francisco Javier Gorjón Gómez**, **Gastón Julián Enríquez Fuentes**, y **Mario Alberto Garza Castillo**, quienes con sus atinadas críticas y

observaciones fueron dando seguimiento y orientaron en éste trabajo, ya que invariablemente estuvieron en todos y cada uno de los Seminarios **Interdisciplinarios**, que se realizaron en éste doctorado.

A mis maestros: Dr. Rafael Enrique Aguilera Portales, Dr. Michael Gustavo Núñez Torres, Dr. Mario Alberto Garza Castillo, Dr. James Alexander Graham Weidert, Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, Dr. Alfredo Islas Colín, Dr. Virgilio Bravo Peralta, por su vocación docente y disposición de venir a León a compartir generosamente sus conocimientos, e impulsarnos para no parar en el camino

DEDICATORIAS

La presente Tesis Doctoral se la dedico ante todo,
a mi **DIOS** para su mayor gloria.

A Claudia **MI ESPOSA:**

Por haberme acompañado e impulsado en todos estos más de ocho años,
desde la decisión inicial que conjuntamente tomamos,
hasta la elaboración de ésta Tesis doctoral;
por todo ese tiempo, días y semanas completas
que me abandoné de lleno a éste trabajo
y ella ha estado allí para apoyarme.

A MIS HIJOS: *Abigail, Vanessa, Abdiel y Ramsés* (†)

Quienes también son partícipes de esto,
han vivido éste proceso y lo sintieron de manera directa;
por ese tiempo del que les privé, quizás para disfrutarlo en otras cosas,
pero ahora se los dedico y propongo como testimonio de que
con el trabajo, el sacrificio y la dedicación, se logra todo.

A MIS PADRES:

Aunque ya no están presentes, se los dedico como un testimonio
en honor a todos los valores y ejemplos que de ellos recibí,
en especial los de la honestidad,
la disciplina y la responsabilidad que me inculcaron.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación doctoral: *“Efectos de la incapacidad de goce como causa de nulidad, adaptada a la Bidimensión de la Capacidad conforme a las Teorías de las Nulidades y de los Derechos Fundamentales”*, se realizó de la siguiente manera. La primera dimensión de la capacidad es estudiada como *atributo de las personas*; la segunda, como *elemento de validez*; se pretende dar conexión a estas dos dimensiones, pues en el derecho mexicano no la existe, falta hacer determinaciones sobre las consecuencias para cada una de las incapacidades en cuanto a su invalidez.

En la construcción metodológica de ésta investigación, los dos pilares de ésta tesis son: *la capacidad jurídica* por un lado; y por el otro, *la nulidad de los actos jurídicos*; y a su vez se conforman en cuatro grandes ejes conceptuales: *la persona, la capacidad, el orden público, y la nulidad*, que desde la construcción metodológica del presente trabajo han sido trazadas; el primero de ellos como presupuesto de la capacidad jurídica; y el tercero, como premisa de la nulidad absoluta; y por tanto, son el hilo conductor de ésta tesis.

En aras de fortalecer la pertinencia y actualidad, éstos conceptos se contextualizan todavía a la realidad jurídica de la actualidad; dicha realidad la conforma el *neoconstitucionalismo* y el significado que en él se da a *los derechos fundamentales*, que *-en nuestros días-* están logrando desplazar al *legalismo normativista* heredado por el positivismo; el uso y significado de los *principios, valores y reglas*, vienen a dar un giro muy importante a la argumentación, a la interpretación y a la aplicación del derecho; aspectos éstos, que necesariamente deben ser considerados en la presente investigación.

Nuestra hipótesis establece que: *Con la determinación y precisión legal de las consecuencias y efectos de la incapacidad de goce de los contratantes, en base a la bidimensión de la capacidad conforme a las teorías de los derechos fundamentales y de las nulidades, “se*

evitará la actualización de nulidades relativas, mediante la derivación de nulidades absolutas, en aras del respeto al orden público protegido por ésta categoría conceptual."

Con el propósito de llegar a demostrarla, hemos estructurado la investigación, en siete capítulos de la siguiente forma:

En el primer capítulo, relativo *al Binomio personalidad-capacidad desde la óptica del neoconstitucionalismo*, se hace un análisis desde la persona (como presupuesto) hasta la capacidad jurídica, para determinar la relación existente entre la personalidad y capacidad como binomio indisoluble. También, por el gran dinamismo constitucional, por la interpretación extensiva, por la argumentación jurídica y la concepción contemporánea de los derechos fundamentales, para situarnos en el entorno y significado del *Estado Constitucional de Derecho*, se hace un análisis del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma del Estado Constitucional, para en éste estadio, poder contextualizar el significado y la amplitud de la *capacidad jurídica* desde esa óptica, y así lograr determinar la correspondencia que existe entre capacidad jurídica y neoconstitucionalismo.

En el segundo capítulo, se observa de manera especial a *"los derechos fundamentales y su correspondencia con la capacidad jurídica"*, con éste estudio, se busca determinar el origen, la evolución, el significado, estatus y la teleología de los derechos fundamentales; la correlación entre *la capacidad jurídica y los "los Derechos Fundamentales"*; establecer si en base a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la concepción Ferrajoliana, la *capacidad jurídica* puede ser encuadrada como un *derecho fundamental*, o es meramente la idoneidad o aptitud para tener y/o ejercer derechos entre los cuales encontramos a los "fundamentales". De igual forma, se vislumbran los límites que pueden tener, tanto de la capacidad jurídica como de los derechos fundamentales; y así, precisar si los límites a los derechos fundamentales constituyen incapacidades de goce.

En el capítulo III, intitulado *"Bidimensión de la capacidad jurídica. Primer dimensión: como atributo de la persona"*, se hace un análisis de la capacidad como atributo de la persona desde su origen; el inicio y fin de la capacidad jurídica; sus presupuestos; las presunciones legales sobre la capacidad; las clases de capacidad e incapacidades; sus grados; y entonces, de manera adecuada poder *determinar las características* tanto de la capacidad de goce y ejercicio, así como las de las respectivas incapacidades.

En el capítulo IV, denominado *"Segunda dimensión de la capacidad jurídica en el Derecho comparado,"* se hace un análisis sobre todo de la segunda dimensión como elemento de eficacia, para poder iluminar el panorama y *evidenciar cómo es que en el derecho comparado, se atribuye consecuencias distintas a las incapacidades de goce, que a las de ejercicio*. En éste capítulo de manera especial se emplea el método

comparativo. Se estudia la teoría de la inexistencia, de la validez y de la nulidad o invalidez de los actos jurídicos, eficacia e ineficacia; la nulidad en el Derecho romano, las teorías francesas de la nulidad, y un análisis comparativo de *la capacidad y la nulidad* en España, Italia, Argentina, Chile, así como de la inexistencia y la nulidad en el Código Europeo de Contratos, para poder sistematizarlo, y establecer las analogías y las diferencias, respecto a su regulación en el Código Civil Federal.

En el capítulo V, titulado *“Bidimensión de la capacidad jurídica: como elemento de validez, en el derecho mexicano”*, se hace un análisis de la segunda dimensión de la capacidad en el derecho mexicano, en el que advertimos que la teoría de las nulidades mexicana es sui generis, pues aunque se inspira en la teoría de Bonnetcase, no adopta por completo su teoría, pues la nulidad absoluta y la nulidad relativa en la legislación y doctrina mexicanas, tiene características distintas; y las consecuencias de la incapacidad *-sin distinguir si es de goce o de ejercicio-*, son la nulidad relativa. En éste capítulo se estudian los antecedentes de la inexistencia y la nulidad en el Código Civil, los elementos de existencia y de validez; la relación que entre ellos mantienen; las clases de nulidades; los casos en que se fundan o sostienen una y otra, así como sus alcances; *las diferencias entre la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos*; para por último, determinar el papel que juega la capacidad jurídica como elemento de validez en el derecho mexicano.

En el capítulo VI, cuyo nombre es *“De las normas y del lenguaje, a la norma jurídica taxativa de orden público”*, se hace un estudio que va de las normas en general, hasta la norma jurídica taxativa de orden público. Se parte de la relación existente entre el derecho y el orden público; del lenguaje a las normas jurídicas; de la ley a la norma jurídica; de la estructura, la validez e invalidez de las normas de derecho. Se subraya el papel que hoy en día tiene en la conformación del derecho *- conforme al neo-constitucionalismo-*, el concepto de *las normas jurídicas -al lado de los principios y valores-*; la relación que guarda *la capacidad e incapacidad jurídica* para con los principios, valores y reglas. De igual forma, éste estudio permitirá determinar las cualidades jurídicas que deben tener las prescripciones, cuando dichos preceptos establezcan límites a los principios, valores y reglas; y así poder determinar la naturaleza de las normas que establecen las incapacidades de goce y la de las que establecen incapacidades de ejercicio; lo anterior dará elementos que permitirán identificar aquellas *normas jurídicas* que esencialmente son de *orden público*, aunque la propia norma así no lo exprese.

Para lograr éste propósito, a través del método deductivo, se parte del concepto más amplio que es la norma, para luego llegar al de la norma jurídica; y por último, determinar el de norma jurídica *taxativa, imperativa absoluta, prohibitiva absoluta, de orden público, de ius cogens, o de derecho necesario*, y con ello de manera indirecta facilitará enfocar de manera adecuada los efectos atribuibles a las incapacidades, ya que las incapacidades de goce se justifican sólo si están basadas en

el orden público; y se establecen dentro del ordenamiento jurídico, *de manera expresa* como un régimen excepcional.

En el último capítulo VII, cuyo título es *“El orden público como límite de la capacidad jurídica y de los derechos fundamentales”*, se hace un análisis del orden público, sus alcances y connotaciones, lo mismo que del *ius cogens*; la tutela del orden público y del *ius cogens*; establecer desde la perspectiva del orden público el nexo o relación de la *capacidad jurídica* para con *los derechos fundamentales*; determinar *si el orden público válidamente puede constituir un límite a la capacidad jurídica y para los derechos fundamentales*. Por último, se plantea la relación que guarda el orden público tanto con las capacidades como con las incapacidades *de goce y de ejercicio*; para poder derivar las consecuencias que deben atribuirse a cada tipo de incapacidad; y de manera especial, la atribuible a las incapacidades de goce que es la esencia del problema planteado en ésta investigación.

Todo lo precedente es esencial para arribar al capítulo de conclusiones, en las que, en base a lo que hemos señalado como *bidimensión de la capacidad*, a la luz del neoconstitucionalismo y de las teorías de los derechos fundamentales; las teorías del orden público y las teorías de las nulidades; a través la observación, el análisis, la inducción, la deducción, la comparación jurídica y consideraciones crítico-reflexivas; se corrobora que, *si se determinan legalmente las consecuencias y efectos correspondientes a la incapacidad de goce de los contratantes, se evitará la actualización de nulidades relativas, pues la que corresponde en tratándose de incapacidades de goce, es la derivación de nulidades absolutas*; respetándose así el orden público protegido con las incapacidades de goce.

METODOLOGÍA DEL OBJETO DE ESTUDIO

SUMARIO: I. Construcción metodológica del objeto de estudio. II. Justificación. III. La problemática. IV. Planteamiento del Problema V. Factibilidad. VI. Pertinencia. VII. Hipótesis. VIII. Objetivos. IX. Marco teórico conceptual. X. Paradigma de investigación. XI Método de investigación. XII. Índice XIII. Bibliografía.

I. CONSTRUCCIÓN METODOLÓGICA DEL OBJETO DE ESTUDIO

La presente investigación es una tesis de tipo *jurídico descriptiva comparativa*.¹ En base a la consideración de Jorge Witker, en relación a que el método “*es un elemento necesario y fundamental en la ciencia y es la manera de demostrar la validez objetiva de lo que se afirma, [...] es el proceso que se sigue en la adquisición y formación del conocimiento.*”² En consonancia con lo anterior, para la presente investigación partiremos de consideraciones crítico-reflexivas, derivadas de la observación, análisis, síntesis, inducción, deducción y la comparación jurídica. Para la determinación del tema a investigar, de su estructura y su direccionalidad, soportaremos la construcción metodológica del mismo, en el método jurídico-científico.³ Como derivación de la observación del fenómeno a estudiar, se identificará y planteará el problema; luego, se buscará la posible o posibles soluciones a través de la formulación de la hipótesis, que, a través del desarrollo del marco de las teorías, conceptos, instituciones jurídicas y su respectivas sistematización, comparación y consideraciones, se pretende demostrar; para así, poder derivar conclusiones válidas.

Para ello, partiremos de la debida justificación del trabajo; igualmente, se determinará la problemática mediante las interrogantes que se consideran

¹ Cfr. Referente a las tesis doctorales de derecho, se exponen diversos tipos (histórico-jurídicas, jurídico-comparativa, jurídico-descriptiva, jurídico-exploratoria, jurídico-proyectiva, jurídico-propositiva). WITKER, Jorge, *Cómo elaborar una Tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el Estudiante o investigador del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 24.

² “*Es un procedimiento sistemático que aprovecha el análisis, la síntesis, la deducción y la inducción.*” WITKER, Jorge, *Técnicas de investigación jurídica*, UNAM-Mc GRAW-HILL, México, 1997, pp. 2 y 3.

³ Cfr. WITKER, Jorge, et. al., *Metodología Jurídica*, UNAM-Mc GRAW-HILL, México, 1997, p. 129 y 192. CRUZ COVARRUBIAS, Armando Enrique, “Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?”, *Revista De Jure*, Núm. III-1, Noviembre 2008, pp. 65-87, Universidad de Colima, Colima, 2008.

indispensables, para después poder formular el planteamiento del Problema; también se expondrán diversas aristas para poder determinar si la investigación es o no realizable, situación ésta que se referirá en el apartado de factibilidad de la presente investigación. Así mismo, se abordará la pertinencia, en el sentido que la investigación sea adecuada, oportuna y novedosa; se formulará de igual manera la hipótesis de manera correlacional a través del sistema de variables dependientes e independientes; se plantearán los objetivos del mismo y se expondrá sucintamente el respectivo *marco teórico conceptual* sobre el que se basará la misma, ya que la fundamentación científica de la presente investigación se sustentará precisamente en modelos teóricos. El paradigma o modelo de investigación que será de tipo cualitativa ya que en ella se excluirán elementos de tipo cuantitativo, sino que mediante la integración empírica-teórica proveniente de la previa experiencia, y del marco conceptual, a través del método comparativo, analítico, deductivo e inductivo, poder llegar a conclusiones válidas.

II. JUSTIFICACIÓN

La justificación obedece a la cuestión del ¿por qué y para qué realizar la investigación?.⁴

La presente tesis doctoral versará sobre los *“Efectos de la incapacidad de goce como causal de nulidad, adaptada a la Bidimensión de la Capacidad conforme a las Teorías de las Nulidades y de los Derechos Fundamentales”*. Dicho estudio se considera *adecuado, oportuno* y además *novedoso*, puesto que viene a resolver un problema que al día de hoy ni la doctrina tradicional, ni la jurisprudencia, ni mucho menos la norma jurídica han superado; de allí su importancia, sobre todo, porque no tiene un tratamiento en lo especial bajo el enfoque de la bidimensionalidad.

Ha sido tratado el tema de la capacidad como atributo de la persona, y por separado también se ha estudiado aunque de manera incompleta, el tema de la capacidad como elemento de validez, pero *no se ha hecho un estudio integral que dé conexión al aspecto de la capacidad como atributo* de la persona y al aspecto de la capacidad jurídica *como elemento de validez* de una manera conjunta; por ello es que la legislación Civil Federal, en cuanto a los efectos de la incapacidad, se refiera sólo a sus consecuencias en lo general sin deslindar a la capacidad de derecho o *de goce*, en relación a *la capacidad de ejercicio*; de ahí la trascendencia del problema. Por lo anterior, estimamos que una y otra capacidad, se fundan en situaciones distintas; por tanto, creemos que también las consecuencias deberían ser distintas para uno y otro de los referidos supuestos.

A primera vista, pareciera que es insostenible hablar de incapacidad de goce;⁵ sin embargo, cuando lo atisbamos, sobre todo con el análisis jurídico, caemos a la

⁴ BEHAR RIVERO, Daniel S., *Metodología de la Investigación*, Ediciones Shalom, Bogotá, 2008, p. 26.

cuenta que es preciso hablar de *incapacidad de goce*. No pocos juristas así lo consideran, entre ellos: Julien Bonnecase quien considera en relación al tema que: “*si bien es cierto la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se le puede hacer sufrir restricciones; si se prefiere no existen incapacidades de goce generales, pero, por el contrario, hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número...*”⁶

Con más acierto, Manuel Borja Soriano alude que la palabra *incapacidad* se refiere en ocasiones a personas privadas de ciertos derechos, pero también se aplica a sujetos que teniendo sus derechos, no tienen el libre ejercicio de ellos, lo que implica en el primer caso que haya una incapacidad de goce, y en el segundo una incapacidad de ejercicio.⁷

Ernesto Gutiérrez y González, también lo señala de manera precisa con el término de *incapacidad de goce*, en los casos en que la ley establece que personas determinadas no tienen ciertos derechos.⁸ Con la misma exactitud, Manuel Bejarano Sánchez señala que “*Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona*”.⁹

Por su parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, con la misma especificación o rigor, lo refiere claramente cuando escribe: “*Hay algunas incapacidades especiales de goce, por ejemplo, los extranjeros no tienen capacidad de goce para adquirir en las zonas restringidas que son 100 km. De la frontera y 50 km. de las playas*”.¹⁰ De manera semejante, el jurista argentino Jorge Joaquín Llambías, nos indica que “*puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica, y entonces se padece una incapacidad de derecho –entendida como incapacidad de goce–. O puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen, tal la incapacidad de hecho –entendida como incapacidad de ejercicio–.*”¹¹

⁵ A la mayoría de personas con preparación jurídica a quienes les sugería el título de mi trabajo, de manera casi inmediata me cuestionaban -*si no se trataba de un error*-, pues generalmente se parte del supuesto que, toda persona tiene capacidad de goce; por ello, el que me hayan señalado que mi trabajo no se podía referir a la “*incapacidad de goce*”, sino que, más bien al hablar de incapacidad, debería tratarse de la “*incapacidad de ejercicio*”. Con esta base, se puede suponer que, este razonamiento liviano, fue también la premisa de la que partió el legislador para establecer de una manera somera en la ley, que la “*incapacidad*” -*sin hacer distinciones sobre, qué tipo de incapacidad*-, es causa de nulidad relativa.

⁶ BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Traducido por Jorge A. Martínez Jiménez, OXFORD, México, 2004, p. 164.

⁷ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, PORRÚA, México, 2001, p. 240.

⁸ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, CAJICA, Puebla, 1987, p. 417.

⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, OXFORD, México, 2002, p. 130.

¹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, PORRÚA, México, 1999, p. 28.

¹¹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960, p. 395.

Además de los anteriores, referimos otros juristas¹² que así lo refieren son: Joseph Pothier, los mexicanos Sara Montero Duhalt, Manuel Chávez Ascencio; Clemente Soto Álvarez, Ariel Alberto Rojas Caballero, Jaime Cárdenas Gracia, Juan Antonio Rangel Charles, Roberto Sanromán Aranda, los maestros chilenos Antonio Vodanovic y Alfredo Barros Errazuriz, Luis Claro Solar, Gonzalo Figueroa Yáñez, Ramón Domínguez Benavente Ramón, Ramón Domínguez Águila, Ramón Meza Barrios; los argentinos Leopoldo Peralta, Ricardo Luis Lorenzetti, Santos Cifuentes, Julio César Rivera, Atilio Anibal Alterini, Guillermo A. Borda, Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, el venezolano Oscar Ochoa,

En análoga apreciación, Javier Tapia Ramírez nos indica que “los actos o negocios jurídicos celebrados por un incapaz están afectados de nulidad, ya sea absoluta o relativa, según el caso concreto de que se trate”.¹³ De lo que se infiere que el Dr. Tapia parte de una premisa distinta a la de la ley, pues sostiene que la incapacidad puede originar la *nulidad absoluta*, y, en base a la ley civil, la incapacidad de las partes origina la *nulidad relativa*. Entonces será preciso determinar ¿en qué casos la incapacidad provoca la *nulidad absoluta*? Nosotros creemos que es en los casos de incapacidad de goce,

¹² Los autores señalados utilizan reiteradamente el término incapacidad de goce o de derecho, que son lo mismo. A tal efecto pueden consultarse sus obras: MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IIJ-UNAM, México, 1966, p. 831; VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. II*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 112; POTHIER, Roberth Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Trad. Pablo Esméin, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, p. 38; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía, Vol. 1, Títulos Preliminares y Personas, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 236; CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 43; BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago, 1930, p. 127; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 224 y ss; CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 176; RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 393; ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 204; BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 231; BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 514; OCHOA G, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 225; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 315; SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Limusa Noriega Editores, México, 1982, p. 44; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 305; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volumen V, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 25; RANGEL CHARLES, Juan Antonio, SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de los Negocios, Tópicos de Derecho Privado*, Cengage Learning Latin América, México, 2007, p. 35; MEZA BARRIOS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones intervivos*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 19 y 20; ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las Garantías Individuales en México*, Porrúa, México, 2009, p. 251; CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010, p. 204.

¹³ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, MCGRAW-HILL, México, 2002, p. 169.

pues en los demás, será nulidad relativa. Y por último tenemos a Ignacio Galindo Garfias¹⁴.

Como acotación a la presente investigación, partiendo de *la imputación personal normativa*, a la que se refiere Luis Recasens Siches, en la que se tiene a la norma jurídica que enlaza jurídicamente *al sujeto del deber* con *el objeto del deber*; esto es, el nexo entre *lo que se ordena* y *el ente quien debe observarlo*.¹⁵ La problemática que abordamos se desarrolla en torno a los casos en que la norma jurídica restringe determinados derechos a ciertas personas en lo específico; la imputación normativa equivale a una habilitación normativa;¹⁶ entonces, al estar deshabilitados de manera expresa por la norma, el sujeto *no los posee, no es titular* de los mismos, *no goza* de ellos; por ende, al no tenerlos, menos aún podrá *hacerlos valer* por sí o por medio de representante.

La anterior situación, es a la que referimos como *incapacidad de goce*; entonces, no se comprende bajo esta expresión, la falta absoluta de la capacidad, si esto fuera así, sería irracional hablar del tema, no se podría sostener, puesto que un ente carente en lo absoluto de capacidad jurídica no sería siquiera persona física o jurídica; como lo expresa Joaquín Llambías, *“la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas; saliente de la personalidad jurídica de tal forma que no puede faltar en los individuos de manera absoluta, porque tal ausencia sería contradictoria con la personalidad.”*¹⁷ Bien sabemos que *“la capacidad de goce es el producto de luchas políticas que se han sostenido por siglos, y de ahí que hoy día, ningún país niegue totalmente esta capacidad, si bien es cierto que en función también de razones políticas y de seguridad nacional, se establecen algunas restricciones a la misma, originándose así la incapacidad parcial de goce”*.¹⁸

En efecto, por *incapacidad de goce*, entendemos que se trata de *situaciones particulares que en relación a determinados sujetos, a quienes la norma jurídica les obstaculiza o veda determinados derechos para actos jurídicos muy concretos, -por*

¹⁴ Alude a las restricciones a la capacidad de goce, casos en que se pierde la capacidad de goce, por ejemplo, *“Una segunda limitación a la capacidad de goce de las personas, se encuentra en la naturaleza de su estatuto. Una sociedad civil, no tiene capacidad para realizar actos de comercio, en forma permanente, dedicando a ello su actividad. Una asociación civil no tiene capacidad para realizar actos preponderantemente económicos”*. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, México, PORRÚA, 1987, p. 388 y ss.

¹⁵ Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1983, p. 263

¹⁶ la imputación es una estructura lógica que implica el modo de enlace de dos hechos en una norma jurídica. Los diversos elementos de la norma se entrelazan entre sí, sin que implique una relación de causalidad (como ocurre con los fenómenos naturales), sino de carácter normativo. En ese sentido, *la relación entre el supuesto y la consecuencia, implica la imputación normativa de un hecho a otro hecho*, es decir, de una hipótesis jurídica a una consecuencia de Derecho. Pero hay otra clase de imputación normativa, consistente en la imputación de un hecho a una persona. GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *Propuesta de Reforma al Código Civil para el Estado de Guanajuato, con respecto a los atributos de la persona*, Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho civil, en fecha 17 de mayo de 2006, Universidad De La Salle Bajío, León, Guanajuato, 2006, p. 4.

¹⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960, p. 391.

¹⁸ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, op. cit.*, p. 417

*ejemplo, el caso de los extranjeros que conforme al artículo 27 constitucional no pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas en la faja prohibida;*¹⁹- de modo tal que, cuando se niega determinado derecho a una categoría de sujetos, decimos que hay *incapacidad de goce*, porque esa categoría de personas –los extranjeros por ejemplo-, no tienen y por tanto no gozan los derechos específicos señalados por la propia ley - *adquirir el dominio directo de tierras y aguas en la faja prohibida*-; por consiguiente, al no tenerlos, tampoco habrá la posibilidad de que los pueda hacer valer por medio de otra persona –*representante*-. En síntesis, en los casos en que la norma jurídica señala que tales o cuales personas no pueden de ningún modo celebrar determinados actos jurídicos; entonces, la norma limita tales derechos a esas personas determinadas por la misma; el sujeto entonces *no es titular* de los mismos, *no goza* de ellos; consecuentemente, al no poseerlos, tampoco podrá *hacerlos valer* por sí o por medio de representante.

En el mismo sentido se expresa el Jurista italiano Roberto de Ruggiero, al referir que cuando falta la capacidad de obrar (*entendiendo por ella a la de ejercicio*), debe suponerse existente la capacidad jurídica (*entendiendo por ella a la de goce*); si es ésta la que falta, faltarán también la capacidad de obrar, y no podrá hablarse de representación.²⁰ Esto es lo que referiremos como *incapacidad de goce*.

Para desarrollar la presente, tenemos que partir del estudio analítico para establecer con precisión el concepto de *persona*, para después determinar en qué consisten *la personalidad, la capacidad*; toda vez los primeros son presupuestos de la capacidad jurídica; es decir, si no se es persona, no se tiene personalidad; si no se tiene personalidad, tampoco se tiene capacidad jurídica.

En este tenor, de manera meramente referencial la persona²¹ es el sujeto de derechos y obligaciones, el ente a quien el ordenamiento jurídico le atribuye obligaciones y derechos. Persona es el único ser que jurídicamente es aceptado como sujeto de derechos, y dicha aceptación en expresión de Manuel Albadalejo, “*lleva consigo reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o, con otra expresión, de derechos y obligaciones. Y puesto que es a la persona (a toda persona y solamente a ella) a quien el Derecho reconoce capacidad, también la persona puede ser definida,*

¹⁹ Véase OLAVE IBARRA, Olaf Sergio. *Obligaciones y contratos civiles*, Editorial Banca y Comercio, México, 2005, p. 69

²⁰ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 339.

²¹ “La palabra persona designaba, en el sentido propio, la máscara de la cual se servían en escena los actores romanos dando amplitud a su voz (personare)”. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, (Traducido por Ferrández González, José). PORRÚA, México, 2003, p. 75. En el mismo sentido Eduardo García Máñez puntualiza que en la acepción jurídica, que es la que nos interesa, proviene de *personare* máscara o careta que cubría la faz del actor para que su voz fuera *vibrante y sonora*; después se refirió al autor enmascarado o personaje, luego denotó al hombre que reúne un status o cualidad; y por último, sujeto de derechos y deberes. GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004, p. 274.

*jurídicamente hablando como ser capaz de derechos y obligaciones.*²² En palabras de Eduardo García Máynez, (*persona o sujeto*) “es todo ente capaz de tener facultades y deberes. A su vez, las personas pueden ser físicas (*persona jurídica individual, ser humano*) y morales (*persona jurídica colectiva*).”²³ A las primeras se les denomina personas individuales, físicas o naturales; y las morales se les identifica también con la denominación de personas jurídicas, colectivas, sociales, incorporales.

A través de la historia de los pueblos, nos damos cuenta que persona y ser humano no han tenido el mismo significado. En el derecho romano tenemos un claro ejemplo pues, no todo ser humano era persona, sólo tenían ésta categoría aquellos seres humanos que poseían cualquiera de los siguientes status: *-libertatis, civitatis, familiae-*. Ruggiero los refiere como condiciones de la capacidad jurídica romana.²⁴ En cambio, en el derecho moderno partimos ya de un supuesto distinto, al no ser ya reconocidas jurídicamente como instituciones ni la *esclavitud*, ni la *muerte civil*,²⁵ nos permite concluir hoy en día, que todo ser humano es persona.

Una vez que se haya precisado el concepto de persona, lo que se tratará es “*la personalidad*” entendida como la capacidad en abstracto de un sujeto como titular de obligaciones y derechos, aparece pues, la personalidad como *la proyección o reflejo de la persona, una proyección del ser en el mundo objetivo –como lo refiere Galindo Garfias,*²⁶ *como una especie de investidura jurídica que el derecho da a las personas. “La personalidad es única, indivisa y abstracta”.*²⁷

Sobre el origen de la personalidad, en un *primer plano*, resultará importante determinar el fundamento o causa de la misma, situación que se estudiará a la luz de dos posturas importantísimas. La primer posición que pudiéramos denominarla como *jusnaturalista*, postura conforme a la cual, por el mero facto de *ser humano* se es persona, entonces, el ordenamiento jurídico lo único que hace es reconocer al hombre la calidad de persona; la segunda, a la que identificamos como *iusformalista o positivista*, según la cual, se es persona, sólo en la medida que el ordenamiento jurídico concede al ente derechos y obligaciones, y sólo entonces se es persona, en éste tenor, la personalidad en palabras de Mario Alberto Guzmán Gómez “*es una*

²² Cfr. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, BOSCH, Barcelona, 2002, p.213

²³ Estos términos los emplea GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 271.

²⁴ RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p. 338.

²⁵ Muerte Civil. En el antiguo derecho francés las personas que tomaban estado religioso se consideraban muertos para todo el mundo, y el derecho las trataba como tales: su profesión religiosa hacía que perdieran su vida civil. Por último, lo mismo acontecía hasta mediados del siglo XIX, con tres categorías de condenados, a quienes la ley afectaba de muerte civil: los condenados a muerte, a trabajos forzados perpetuos, y los deportados. La muerte civil era una ficción, por virtud de la cual el condenado, no obstante que aún viva, se consideraba muerto ante la ley. El muerto civilmente continuaba viviendo, y por ese solo hecho, a menos que quisiera dejarlo morir de hambre, era necesario reconocerle ciertos derechos. PLANIOL Marcel, et al., *Tratado elemental de derecho Civil*, (Traductor. Péreznieta Castro, Leonel.), Vol. 8. OXFORD, México, 2004, p, 62

²⁶ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, op. cit., p. 307.

²⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, op. cit., p. 307.

*imputación que el ordenamiento jurídico de un lugar y tiempo determinado otorga a ciertos entes, ya sea individuales o colectivos. De esa estructura jurídica derivada de la ley se deduce la capacidad jurídica (lato sensu), es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, en su caso, celebrar actos jurídicos, exigir aquellos derecho y cumplir aquellas obligaciones por sí mismo.”*²⁸

En un segundo plano, resultará importante determinar en éste trabajo, desde el plano jurídico ¿en qué momento se adquiere la calidad de persona? Será ¿al momento de la concepción?, ¿hasta que se da el nacimiento?, ¿se requiere la viabilidad?, entonces, ¿cuál es la situación del concebido?, ¿es persona?, ¿Tiene capacidad jurídica?, en caso de que la tuviera, ¿qué tipo de capacidad sería?

En lo que concierne a la capacidad, para los propósitos de nuestra investigación, necesitamos estudiarla bajo dos dimensiones, la primera de ellas, estudiarla como un atributo de las personas; y la segunda, tomarla como un elemento de validez necesario para la existencia perfecta de los actos jurídicos.

Vista *la capacidad bajo la primera dimensión* de las mencionadas, tenemos que, dentro de los atributos que tienen las personas, encontramos a la capacidad jurídica²⁹ entendida como “la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones; como la posibilidad de que la misma pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma.”³⁰

La capacidad jurídica, según Mario Alberto Guzmán Gómez, “considerada en el Derecho Romano un atributo esencial, es decir, exclusivo de las personas, implicaba, para el jurisconsulto de la época y para el estudioso de la historia del Derecho que pretenda profundizar en esta institución, un verdadero galimatías por la diversidad de posibilidades que se presentaban en su estructura normativa”³¹. Así, pues, “el Derecho Romano no era igualitario, de manera que, según la clase social, personas de familias senatoriales, simples patricios, *ingenui, liberti*, etc., tenían capacidades de goce ligeramente distintas, según la idea aristotélica de que lo desigual merece un tratamiento desigual”.³²

²⁸ GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *Propuesta de Reforma al Código Civil para el Estado de Guanajuato, con respecto a los atributos de la persona*, Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho civil, en fecha 17 de mayo de 2006, Universidad De La Salle Bajío, León, Guanajuato, 2006, p. 56.

²⁹ Cfr. “Uno de los atributos de la personalidad, es precisamente lo que se denomina “capacidad de goce”; es decir, la posibilidad de ser titular de derechos. Pero ser titular de derechos no implica necesariamente el que esté habilitado para ejercitarlos personalmente. Esta posibilidad es lo que se denomina “capacidad de ejercicio”. DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil Parte General*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, Santiago, 2005, p. 122.

³⁰ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 319.

³¹ GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 55

³² MARGADANT S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*, ESFINGE, México, 1999, p. 133

En cuanto a la terminología, es importante precisar que a la *capacidad de derecho o capacidad jurídica*, o “titularidad”,³³ se le conoce también como *capacidad de goce* expresión ésta que es la más común en el derecho mexicano; a su vez, la *capacidad de hecho o capacidad de obrar*, también les conocemos como *capacidad de ejercicio*.

La doctrina –expresa Rafael de Pina– “admite que ésta capacidad presenta dos manifestaciones, que son la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos (capacidad abstracta y concreta respectivamente);³⁴ así pues, la capacidad tiene dos especies; la *capacidad de jurídica o de goce*, que es la idoneidad o aptitud de una persona para tener facultades y deberes; y la *capacidad de obrar jurídicamente*, llamada también *de ejercicio*, entendida como la facultad que se tiene para hacer valer por sí esas facultades, y cumplir por sí los deberes. En este tenor, la “capacidad jurídica o de goce”, según Ruggiero es “la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en general, a todo hombre, aunque puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos”,³⁵ nosotros la entendemos como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, entendiendo como “aptitud”, la concreción de lo que puede el ente, lo que se le permite jurídicamente; de ahí el que se le tenga apto para tal o cual conducta; entonces, la capacidad es un *atributo* de la persona, y en virtud de ella el sujeto tiene determinados derechos y obligaciones; y entonces tenemos que, *cuando la norma jurídica considera apta a la persona para tener tal o cual derecho, decimos que tiene capacidad jurídica*; en caso contrario, la persona es *incapaz* para ello. Mientras que “la personalidad es única, indivisa y abstracta”, la capacidad, según Ignacio Galindo Garfias, es “*múltiple, diversificada y concreta*”.³⁶ En otra vertiente tenemos a la capacidad de ejercicio, “*distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar (capacidad de ejercicio entendida como), la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen... por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal...*”³⁷ La capacidad de ejercicio es pues la posibilidad del sujeto para poder reclamar por sí sus derechos y cumplir por propio derecho sus obligaciones.

En resumen, si la norma jurídica confiere determinados derechos a una persona, entonces decimos que es titular de ellos, pues goza de los mismos; mas sin

³³ “Los autores italianos suelen denominar a aquélla “titularidad”, término que es muy expresivo para definir lo característico de la capacidad de derecho.” LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, op. cit., p. 392.

³⁴ Cfr. PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Introducción, personas, familia*, PORRÚA, México, 1989, p. 208.

³⁵ RUGGIERO, Roberto de., op. cit., p.339.

³⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*, op. cit., p.307.

³⁷ RUGGIERO, Roberto de, op. cit., p. 339.

embargo, no es forzoso que por el hecho de tenerlos, pueda o tenga que hacerlos valer por sí; por ende, si la norma no limita el ejercicio de los mismos, y el sujeto tiene ésta capacidad, podrá hacerlos valer directamente o por medio de representante; en cambio, si la norma limita el ejercicio de los mismos, la única manera de hacerlos valer será por medio de los representantes. En caso contrario, esto es, cuando la norma jurídica de manera excepcional priva de determinados derechos a una persona; entonces, no tiene capacidad de goce respecto de los mismos, y en este caso el derecho tampoco admite la representación.

Rafael Rojina Villegas señala que “la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación –la persona– y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico”;³⁸ El jurista argentino Jorge Joaquín Llambías, refiere a la capacidad como el atributo más representativo que define a las personas y esencial de la personalidad.³⁹ Consecuentemente, la capacidad es el atributo más importante de las personas. Inclusive hay quienes la reconocen como el atributo esencial de la personalidad.⁴⁰

Por otro lado, en la conformación de los actos jurídicos y de manera particular del contrato, la capacidad también desempeña un papel importante; la “capacidad jurídica” conforma uno de los elementos de validez del mismo, de modo tal que su falta, según la legislación civil federal, provoca la nulidad relativa del contrato.

En efecto, el numeral 1795 del Código Civil Federal señala: “El contrato puede ser invalidado: I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas...” Artículo que visto a contrario sensu, nos permite inferir que, para la validez del contrato se requiere, entre otros requisitos, que haya capacidad legal de las partes que lo celebran.

Para la conformación perfecta de cualquier acto jurídico es menester que concurren ciertos elementos previos, me refiero a los elementos de constitución y a los de validez, así como el comprender la relación que se da entre unos y otros, amén

³⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*, PORRÚA, México, 1987, *Ibidem.*, p. 158.

³⁹ Cfr. LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado ...*, op. cit., p. 392.

⁴⁰ “Si al relatar... un concepto genérico sobre la persona, aseverábamos que es el sujeto “capaz” de derecho y obligaciones, luego entonces, la estamos identificando como una equivalencia y como un sinónimo por medio de la expresión que le da no sólo mayor jerarquía, sino que además, le resulta más íntima y de mayor consecuencia, ya que no resulta extraño el que se confunda la idea autónoma de la persona con la manifestación de su capacidad. Inclusive, hay en ello una redundancia, ya que al preguntarse ¿quién es la persona? Se responde: al sujeto capaz de derechos y obligaciones; como consecuencia, la interrogación continúa y ¿quién es el sujeto capaz de derechos y obligaciones?, la respuesta es: la persona”. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Atributos de la Personalidad*, PORRÚA, México, 1987, p. 30.

del conocido criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante el que señala que las diferencias entre inexistencia y nulidad son meramente teóricas.⁴¹

En primer orden, los elementos esenciales⁴² o de existencia, sin ellos, no se constituye el acto jurídico pretendido. La falta de alguno de ellos constituye la nada jurídicamente hablando; la nada jurídicamente, no requiere de declaración en ningún sentido; si acaso fuese materia de un litigio, el juez simplemente constatará que ese acto jurídicamente nunca existió, y por tanto, que tampoco ha engendrado consecuencia alguna como tal; es decir, como acto jurídico; quizás las consecuencias atribuibles serían en relación a un hecho jurídico u otro acto jurídico, mas nunca las del acto jurídico que las partes pretendían. En nuestro derecho, los actos jurídicos son inexistentes si al realizarlos no hay voluntad, no hay objeto posible y *en algunos casos, las solemnidades*.⁴³

Los elementos esenciales para que los actos jurídicos existan son: 1. *La manifestación de voluntad para los actos jurídicos o consentimiento para el caso de los contratos*; 2. *El objeto que debe ser física y jurídicamente posible*; y 3. *La solemnidad (de manera excepcional para algunos actos jurídicos)*.

Los elementos necesarios para la validez⁴⁴ de los actos jurídicos son: 1. *Que el autor o las partes sean capaces*, 2. *Que no haya de vicios en manifestación de la voluntad*, 3. *Que el objeto sea lícito*; y, 4. *La formalidad*. Por tanto, para la existencia perfecta del contrato, esto es, que el contrato sea válido se requiere que: las partes que lo celebran sean capaces; que la voluntad de las partes no esté viciada; que el objeto sea lícito, y que el consentimiento se externe en la forma que la ley establece. El artículo 1795 de la vigente Ley Civil Federal lo consagra de manera inversa al expresar: ***“El contrato puede ser invalidado: I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.- Por vicios del consentimiento; III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”***.

⁴¹La Tercera Sala de la SCJN, ha establecido la siguiente tesis jurisprudencial. NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades. Fuente: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 296, p. 199.

⁴²Según la Real Academia Española, esencia es aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas; lo más importante y característico de las cosas. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 967

⁴³Cfr. MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, PORRÚA, México, 1986, p. 35

⁴⁴Para la Real Academia Española, “validez, cualidad de válido; válido proviene del latín *válidus*, que significa firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA *Diccionario de la Lengua*, op. cit., p. 2266

Conforme a lo anterior, ¿Cuál es la relación que guardan los elementos esenciales con los de validez? ¿Son totalmente cuestiones distintas e independientes? Como en capítulos más adelante precisaremos, hay una relación de dependencia como “antecedentes-consecuentes”, los primeros son precedentes de los segundos; sin los primeros *–elementos esenciales–* resultaría inútil hablar de los últimos *–los de validez–*. Los primeros, son indispensables para la constitución del acto jurídico, no pueden faltar, sin ellos no nace a la vida jurídica el acto que pretenden las partes; luego entonces, no se podría calificar ni mucho menos analizar a lo que no existe; carecería de sentido cuestionar la validez o invalidez de un acto jurídico que no existe. Los segundos, presuponen a los de existencia; dándose los elementos esenciales, el acto jurídico se constituye y surte efectos jurídicos, y hasta que se den esos supuestos estaríamos en la posibilidad de calificar la validez del acto que ya existe.

Con apoyo en las contemplaciones que preceden, resulta indispensable analizar a lo largo de éste trabajo, qué relación existe entre los elementos esenciales con los elementos de validez. Los puntos de relación entre unos y otros se producen de la siguiente manera: La manifestación de voluntad o consentimiento (elemento esencial) se relacionan con ausencia de vicios; la capacidad y la formalidad (elementos de validez); el objeto posible (elemento esencial) se relaciona con el objeto lícito (elemento de validez). Por último, la *solemnidad* (elemento esencial), guarda relación con la *formalidad* (elemento de validez). El análisis de cada una de estas relaciones señaladas se hará en el capítulo IV del presente trabajo.

En éste orden de ideas, la nulidad de los actos jurídicos se presenta respecto de aquellos en que se han cumplido los elementos esenciales, pero les falta algún elemento de validez.⁴⁵

Existen diversos criterios de clasificación de las nulidades:

La nulidad absoluta, procede en el caso de ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico, sus características son las siguientes: El contrato afectado de nulidad absoluta surte efectos de validez provisionales, los cuales se destruyen retroactivamente cuando se pronuncia la sentencia de nulidad; la acción de nulidad absoluta es imprescriptible ya que en cualquier momento puede demandarse; la nulidad absoluta puede intentarla cualquier interesado; y no puede convalidarse por confirmación o ratificación ya expresa o tácita.

⁴⁵ Cfr. La nulidad se da respecto de “los actos que han nacido en el mundo jurídico por reunir las condiciones especiales de existencia, pero defectuosos o imperfectos por no reunir los requisitos de validez” PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, “La nulidad de los contratos”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I-O*, UNAM, México, 1996, p. 2232

La nulidad relativa según la ley, procede cuando falta la capacidad; cuando existen vicios en la manifestación de la voluntad; cuando el consentimiento exigido para el acto jurídico de que se trate, no se exprese de la manera exigida por la ley; y en algunos casos por ilicitud en el objeto. Sus características son las siguientes: Produce efectos provisionales de validez; es prescriptible; por regla general, solamente puede invocarla el perjudicado, es decir, quien sufre el vicio o el incapaz; puede convalidarse por la confirmación o ratificación ya expresa o tácita.

Las nulidades ipso iure o de pleno derecho. Según la doctrina, son aquellas que no requieren declaración judicial, aunque se ha precisado también que en el Derecho mexicano no se contempla este tipo de nulidades, a menos que la ley expresamente así lo señale, tal y como se robustece con la tesis jurisprudencial número 886 del Segundo Colegiado del Sexto Circuito, consultable en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Octava época, Tomo VI, página 608, citada a la voz de *"Nulidad. No existe de Pleno Derecho."*⁴⁶

A manera de ejemplo, tenemos los siguientes casos: el artículo 1724 Código Civil Federal que señala *"Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas"*, y el 630 Código Civil para el Estado de Guanajuato que predica: *"El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado. Las que hiciere serán nulas de pleno derecho"*.

De igual forma, si la nulidad afecta a la totalidad del contrato; o si sólo sobre una parte del mismo, hablaremos de una nulidad total o parcial, según sea el caso. Lo anterior conforme al artículo 2238 del Código Civil Federal y su correlativo 1729 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

III. LA PROBLEMÁTICA

El artículo 2228 del Código Civil Federal establece que la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa.

Si partimos de que, quien para un acto en específico conforme al ordenamiento jurídico tiene incapacidad de goce, implica que dicho sujeto, *no pueda actuar* ni por sí,

⁴⁶ **NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.** Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente. *SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO* Octava época: Amparo en revisión 532/91. Javier Ramírez Maldonado y otro. 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 63/92. Ambrosio Saloma García. 11 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 72/92. Salvador Macías Acevedo. 11 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 208/92. Gregoria Morales Aguilar. 29 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 262/92. Santiago Morales Osorno. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis VI.2o.J/222, Gaceta número 59, pág. 67; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Noviembre, pág. 173.

ni por interpósita persona. Entonces *¿Qué tipo de nulidad se importaría con la transgresión a ésta situación?*

Se puede advertir que en el citado numeral, no se hace ninguna distinción entre *incapacidad de goce* y *la incapacidad de ejercicio*, simplemente se expresa “*la incapacidad*”; por lo que, al referirla en forma genérica, se aplica a las dos incapacidades, situación ésta, que engendra graves consecuencias por lo que sigue: las características de la nulidad relativa son distintas, casi opuestas a las de la nulidad absoluta; además de que, si se considera que las situaciones jurídicas que motivan la “*capacidad de goce*”, obedecen a cuestiones de orden público, cuya transgresión es de suyo grave, pues no se estarían cumpliendo los criterios de justicia y eficacia que deben tener las normas jurídicas.

El problema no queda sólo en el ámbito del derecho sustantivo, si lo llevamos al proceso los alcances también resultarían diversos. Para empezar, en el ámbito del derecho adjetivo, la incapacidad se puede hacer valer por el perjudicado o su representante mediante *la vía de acción de nulidad*; aunque también, puede oponerse *vía excepción de nulidad*, que se actualiza, cuando se demanda cualquier prestación o derecho derivado de un acto jurídico o contrato que está afectado de nulidad; entonces, el demandado (incapaz) podrá invocarla como excepción de nulidad.

Ante la problemática referida en el anterior apartado; surgen las siguientes cuestiones:

¿Qué tipo de acción de nulidad se deberá ejercitar?, sería relativa, porque así lo determina la ley, *¿debería ser absoluta por atentar contra el orden público?*, en la actual legislación, *¿qué salidas legales tenemos?*, y si las hay, desde el punto de vista de la bidimensión de la capacidad y de las teorías de las nulidades y los derechos fundamentales, *¿serían las adecuadas?*

Bajo la perspectiva a la que nos venimos refiriendo, si partimos de que una Asociación Religiosa legalmente constituida, verbigacia, adquiere bienes que no guardan ninguna relación con objeto de la misma; o, que un extranjero adquiera bienes en lo que según la doctrina constitucional se conoce como la “faja prohibida”, situaciones estas que estamos señalando a manera de ejemplo, en términos estrictamente jurídicos, conforme a la bidimensión de la capacidad y la teoría de las obligaciones, descansa en lo que venimos refiriendo como *incapacidades de goce*, situaciones que ante el abordaje legal vigente, tal y como lo prescribe el artículo 2228 de la Legislación Civil Federal, tendríamos lamentables efectos, puesto que, si le atribuimos la consecuencia de nulidad relativa –*como la ley lo contempla*–, luego entonces, con el simple transcurrir del tiempo sin que en éste se haya ejercitado la acción de nulidad, conforme a la ley se estaría operando “*la prescripción de la acción de nulidad*”, lo que a su vez, con base en la misma fuente normativa, conllevaría a la

convalidación de dicho acto jurídico o contrato. Situación que de suyo consideramos grave, pues se estaría vulnerando el orden público; por ello, se estima que estamos ante un caso cuyas consecuencias deben ser más terminantes a las que se le atribuyen, como si fuera un mero caso de nulidad relativa.

El fenómeno en estudio se interroga por el planteamiento de las siguientes preguntas:

- *¿La personalidad jurídica y la capacidad jurídica forman un binomio indisoluble?*
- *¿La persona y personalidad jurídica, son los presupuestos de la capacidad jurídica?*
- *¿Qué clases de capacidad reconoce la Doctrina, y cuales la Legislación Federal?*
- *¿Cuál es la correspondencia entre la capacidad jurídica y el Neoconstitucionalismo?*
- *¿Qué relación guarda la capacidad jurídica con los Derechos Fundamentales?*
- *¿En qué consiste la bidimensionalidad de la capacidad?*
- *¿En qué circunstancias existen de manera perfecta los contratos?*
- *¿Bajo qué circunstancias existen de manera imperfecta los contratos?*
- *¿Qué efectos jurídicos acarrea la inexistencia y cuales la nulidad del contrato?*
- *¿Qué tipos de nulidad se contemplan en la ley?*
- *¿Qué relación existe relación entre el orden público y la validez del contrato?*
- *¿Qué sucesos producen la nulidad absoluta y qué acontecimientos originan la nulidad relativa?*
- *¿Qué intereses se tutelan con la declaración de nulidad absoluta y cuales con el pronunciamiento de la nulidad relativa?*
- *¿Es útil la bidimensionalidad de la capacidad, para derivar de manera adecuada las consecuencias de la incapacidad jurídica?*
- *¿Qué efectos jurídicos deben originarse por la incapacidad de goce de las personas?*
- *¿Qué tipo de nulidad debe derivarse por la incapacidad de ejercicio?*
- *¿Cuáles son los efectos procesales de la incapacidad de goce?*
- *¿Cuáles son los efectos procesales de la incapacidad de ejercicio?*

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ante todas las situaciones antes referidas, el problema se determina de la siguiente manera:

CORRELACIONAL

VARIABLE INDEPENDIENTE

“La falta de determinación y precisión legal de las consecuencias y efectos que se producen por la incapacidad de goce de los contratantes, provoca la nulidad relativa, posibilitando la prescripción de la acción de nulidad, y por ende, la convalidación de los contratos”

VARIABLE DEPENDIENTE

“Lo que trae por resultado, que se vulnere el orden público protegido por la nulidad absoluta, que es la que debe decretarse, en base a la bidimensión de la capacidad conforme a las teorías de los derechos fundamentales y de las nulidades”

V. FACTIBILIDAD

Partiendo del planteamiento del problema a través de las preguntas que han sido planteadas, por estimar que son *precisas y claras*, el presente trabajo es factible.

La factibilidad de la investigación consiste en que sea realizable tanto desde el punto tanto operativo como técnico, además del tiempo que se requiere para elaborarla, de los requerimientos económicos, materiales y humanos que se ocuparán, puesto que se buscará el tiempo necesario para elaborarla, se parte también para ello de un material tangible que está conformado por un lado del conocimiento e ideas ya adquiridas a través de la actividad académica y docente que en los últimos diecinueve años he desarrollado, se tiene también acceso a documentos doctrinales, legales, científicos; en suma, se cuenta con material bibliográfico, hemerográfico y jurisprudencial, tanto del derecho patrio como de derecho comparado.

Desde el punto de la factibilidad operativa que abarca todos los recursos humanos que se implican en el proceso de investigación, y mediante la descripción de las actividades a realizar contenidas en el cronograma, son el hilo conductor del procedimiento a seguir para elaborar la presente investigación, así como también el valioso apoyo del **Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez**, quien asesora la presente tesis en su calidad de tutor, así como la de todos los Doctores que a través de los *Seminarios Interdisciplinarios* han participado con sus aportaciones, críticas, observaciones y sugerencias a la misma, estimamos que es realizable el objetivo.

En cuanto a la factibilidad técnica también se cumple, pues con éste trabajo se busca mejorar el sistema actual de regulación de las consecuencias de la incapacidad jurídica, se estima que con las herramientas, conocimientos, habilidades y experiencia de todos los que intervendremos en el proceso de ésta investigación, se puede realizar este trabajo.

En síntesis, considerando que el planteamiento del problema que se expresa en las preguntas de inicio ya planteadas, por estimar que son *precisas y claras*, y partiendo también del *desarrollo de los conceptos herramienta* que hemos determinado – *persona, capacidad, orden público y validez*- y que servirán de guía o ejes conductores; con la construcción del marco teórico aplicable en torno a dichos conceptos; de su descripción, explicación, y demostración, nos permitirá hacer una evaluación y sacar con ello conclusiones, para finalmente justificar nuestra propuesta, por lo que consideramos que el presente trabajo de investigación sí susceptible de realizarse.

VI. PERTINENCIA

El presente trabajo es *adecuado, oportuno y además novedoso*, puesto que viene a resolver un problema que al día de hoy ni la doctrina tradicional, ni la jurisprudencia, ni mucho menos la norma jurídica han superado. *Si bien es cierto*, ha sido tratado el tema de la capacidad como atributo de la persona, y por separado se ha abordado, aunque de manera incompleta, el tema de la capacidad como elemento de validez; *también lo es* que no se ha hecho un estudio integral que dé conexión a la capacidad como *atributo* de la persona y la capacidad jurídica como *elemento de validez* de manera conjunta, la prueba es, que en cuanto a los efectos que acarrea la incapacidad, la legislación se refiera sólo a la incapacidad en lo general sin hacer distingos en cuanto a los tipos de incapacidad, de ahí la gravedad del problema, por ello es que pretendemos, a través de la bidimensionalidad estudiar integralmente la cuestión, engarzada al neoconstitucionalismo enfocado a los Derechos Fundamentales, así como a la teoría de las nulidades; y así, de una manera completa poder derivar cuales deberían ser las consecuencias jurídicas que han de producirse por la *incapacidad de goce* del autor o del contratante.

En efecto, la *ley no reglamenta* ni mucho menos distingue de manera adecuada las *consecuencias jurídicas* que deben producirse ante los casos específicos de *incapacidad de goce*. Ante esta realidad que hasta el día de hoy prevalece en la legislación Civil Federal, *el orden público* puede ser vulnerado, y precisamente cuando la problemática que se propone, se encauza por el eje de la incapacidad jurídica; que además, desde el plano *teórico-jurídico*, es el apropiado, nos encontramos que conforme a la ley civil, ese supuesto se sanciona con *nulidad relativa*, situación que *es grave*, pues al atribuir dicha consecuencia jurídica, también se permite el que pueda actualizarse la prescripción de la acción de nulidad, y por ende el que los *contratos sean convalidados*, viéndose burlado así, interés general que la norma pretende tutelar. Por lo anterior, es pertinente la presente investigación porque de esto, *bajo el enfoque bidimensional que se está dando a la incapacidad* nada se ha dicho y lo que aquí se obtenga será una nueva aportación.

Si bien es cierto que la capacidad de goce se justifica y emana de la propia persona jurídica ya que es un atributo esencial y consustancial a la misma, de la misma manera, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el reconocimiento, concediendo la *capacidad de goce* de los derechos humanos a toda persona al señalar: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. La referida situación, no ocurre de la misma manera con la capacidad de ejercicio, puesto que ésta última se adquiere en base a determinados hechos jurídicos que aparecen como condicionantes de la norma

para darle nacimiento a esta; sin embargo, para la capacidad de goce, la norma jurídica viene a aparecer como la condición adecuada, que da sentido a esa capacidad de goce y sólo la norma jurídica la puede limitar en ciertos casos; así, cuando por cuestiones de conveniencia política el legislador priva o restringe ciertos derechos, estaremos ante tal *incapacidad de goce*.

Del citado numeral se deriva también que, sólo la constitución puede señalar los casos de *incapacidad de goce de esos derechos humanos*, en efecto, son varios los supuestos que tan sólo en la norma fundamental mexicana aparecen como incapacidades de goce. El artículo 27 constitucional –por ejemplo– señala *varias hipótesis* jurídicas que podemos catalogar como *incapacidades de goce*, entre ellas tenemos las siguientes: La de los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas en la faja prohibida; la de las asociaciones religiosas legalmente constituidas que sólo podrán adquirir, poseer o administrar los bienes que sean indispensables para su objeto; la de las instituciones de beneficencia, pública o privada que no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él; la de las sociedades mercantiles por acciones sólo pueden ser propietarias de terrenos rústicos en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto, pero nunca podrán ser dueñas de tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que aquellas que la propia Constitución establece; la de los bancos que no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo; la habilitación que se da a los Estados y el D.F. podrán adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos. Nótese que éste último aparece como una habilitación, pues partimos de dos supuestos distintos, el principio de libertad de acción que se aplica a los particulares en el sentido de que pueden realizar todo aquello que la ley no les prohíbe; por tanto la constitución lo que hace es limitar el goce de ciertos derechos en los supuestos antes referidos; en cambio para el Estado aplica el principio de legalidad-constitucionalidad, que de manera inversa al primero, indica que los Poderes Públicos sólo pueden lo que expresamente las leyes les atribuyen; esto es, lo que de conformidad a la constitución, las leyes les permitan, les faculden o les ordenen.

También el mismo artículo 27 Constitucional establece *incapacidades de goce* en cuanto a latifundios al señalar las extensiones máximas que puede tener el particular; el artículo 28 en cuanto a las áreas estratégicas establece incapacidades de goce; lo mismo que en tratándose de monopolios y prácticas monopólicas; el numeral 115 del mismo ordenamiento en materia de concesión de servicios públicos, establece dos incapacidades de goce y son las que versan sobre Seguridad pública y tránsito; el artículo 130 de la carta magna establece incapacidades de goce en *materia testamentaria* para los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan.

VII. HIPÓTESIS

Tipo correlacional:

Variable independiente:

Con la determinación y precisión legal de las consecuencias y efectos de la incapacidad de goce de los contratantes, en base a la bidimensión de la capacidad conforme a las teorías de los derechos fundamentales y de las nulidades

Variable dependiente:

Se evitará la actualización de nulidades relativas, mediante la derivación de nulidades absolutas, en aras del respeto al orden público protegido por ésta categoría conceptual.

VIII. OBJETIVOS

GENERAL

- Determinar y precisar las consecuencias y efectos que deben atribuirse ante los casos particulares de incapacidad de goce en los contratos, a través del análisis de los marcos *teórico-jurídico* de la capacidad jurídica estudiada bidimensionalmente (como atributo de la persona y como elemento de validez de los contratos), bajo el enfoque neo constitucionalista de los derechos fundamentales y la teoría de las nulidades.

ESPECÍFICOS

- Examinar la relación que guardan la personalidad jurídica y la capacidad jurídica, para poder determinar si forman un binomio indisoluble
- Analizar a la capacidad jurídica de manera bidimensional, esto es, como atributo de la persona y como elemento para la validez de los actos jurídicos
- Determinar la relación que guarda la capacidad jurídica con el Neoconstitucionalismo
- Establecer la relación que guarda la capacidad en relación a los derechos fundamentales
- Distinguir las clases de capacidad e incapacidad reconoce el Derecho
- Analizar el régimen de incapacidades y nulidades en el derecho comparado
- Clasificar y exponer los elementos esenciales y de validez del contrato para identificar las situaciones originan la inexistencia y la nulidad del contrato
- Determinar la fundamentación de la nulidad absoluta y las situaciones originan la nulidad relativa para derivar el tipo de interés que se tutela con la

declaración de nulidad absoluta, así como los intereses que se tutelan con el pronunciamiento de la nulidad relativa.

- Derivar el tipo de nulidad que debe corresponder a las incapacidades de goce y a las de ejercicio
- Determinar las implicaciones procesales de la incapacidad de goce y de la de ejercicio

IX. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Para elaborar el presente trabajo, por principio partiré de dos conceptos herramienta que considero pilares para éste trabajo: la capacidad jurídica *de un lado; y por el otro, la nulidad de los actos jurídicos*, que a su vez se desarrollarán en cuatro grandes ejes conceptuales: *–la persona, la capacidad, el orden público, y la nulidad–*, que fungirán de manera temática como la guía que irá conduciendo el presente trabajo. De esos cuatro ejes la persona y la capacidad serán estudiados conjuntamente ya que forman un binomio indisoluble y no pueden sino coexistir, pues no se concibe a una persona sin capacidad, de igual modo que no es posible entender a la capacidad sino es en función a una persona o sujeto de derecho.

Uno de los puntos fundamentales de la presente investigación, parte de lo que denominaremos *bidimensionalidad de la capacidad*, por ello es que de manera particular quiero dar el relieve a este aspecto y así, será necesario estudiarla en sus dos dimensiones: 1º como *un atributo de la persona*; y, 2º como *elemento indispensable para de plena validez* de los actos jurídicos, esto servirá para dar conexión a las dos dimensiones para así poder derivar de manera integral las consecuencias y efectos de la incapacidad jurídica en cuanto a la validez de los actos jurídicos se refiere.

Por lo anterior, para la presente investigación, se estima indispensable hablar de las principales teorías que se han generado acerca de la *persona –considerada como “continente”, el ser que tiene la capacidad–* el ente que tiene derechos y obligaciones; de *la personalidad –como la proyección o reflejo de esa persona–*; las principales teorías sobre *la capacidad* (como *“contenido”* lo que contiene o le cabe, los derechos que tiene); el problema del *“nasciturus”* en relación a la personalidad y capacidad jurídica; así como las principales teorías que se han generado sobre el *orden público*, las teorías sobre la *validez* de los actos jurídicos partiendo del derecho romano, pasando por las teorías francesas de las nulidades y culminando en la teoría de las nulidades conforme a la Doctrina y derecho positivo en México, estudiaremos las obras de Manuel Borja Soriano, Ernesto Gutiérrez y González, Ignacio Galindo Garfias, Rafael Rojina Villegas, Rafael de Pina, así como de Jorge Mario Magallón Ibarra, Manuel Chávez Ascencio y Sara Montero Duhalt, entre otros.

Con el objeto de ubicar éste trabajo dentro de las corrientes del pensamiento jurídico; debido al gran dinamismo en la teoría constitucional, la visión del nuevo

constitucionalismo y la indeterminación del derecho, traen aparejados -según Rodilla-, “la repercusión en el denominado *giro lingüístico* en la reflexión iusfilosófica ha traído consigo el desplazamiento hacia una Filosofía del Derecho (por así decirlo) más [analítica] y, por consiguiente, menos [sintética]”;⁴⁷ así tenemos nuevas vertientes de interpretación extensiva a partir de los principios; la argumentación jurídica y el significado actual de los derechos fundamentales, entre otros; es por ello que se estudiará a la capacidad jurídica desde la óptica del neoconstitucionalismo enfocado a los derechos fundamentales.

Para lograr el anterior objetivo, abordaremos a los principales pensadores contemporáneos que han disertado sobre el nuevo paradigma del constitucionalismo contemporáneo conocido como *neo constitucionalismo*, así como de los principales exponentes que han investigado y reflexionado sobre los derechos fundamentales en lo general; y de manera particular, se hará un breve análisis de la capacidad jurídica a la luz de lo que en la concepción actual se tiene de los derechos fundamentales; y para este especial propósito, nos aproximaremos a la concepción de los derechos fundamentales bajo el enfoque del pensamiento de Luigi Ferrajoli, quien los define como “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas*”.⁴⁸ Del referido concepto resalta de la simple lectura “*el de personas con capacidad de obrar*”; así, la capacidad cobra un aspecto importante en dicha definición; como lo describe Miguel Carbonell “*incluye tres distintos status que sirven para la determinación de los titulares de esos derechos: persona, ciudadano y persona con capacidad de obrar*.”⁴⁹ En base a la ya referida concepción Ferrajoliana armonizada con conceptos de destacados juris-civilistas, poder derivar las consecuencias de la incapacidad de goce iluminados por el neoconstitucionalismo y la concepción actual de los derechos fundamentales; así como de la teoría de las nulidades.

Así mismo, también iluminará y reforzará el presente trabajo la *Teoría Tridimensional del Derecho*, que busca la validez formal, intrínseca de la norma, y que además resuelva una problemática real, es to es, persigue que el derecho sea justo, formal y eficaz. Este enfoque, además de ser complementario también se identifica con la ideología neoconstitucionalista.

⁴⁷ RODILLA, M.A. Situación actual de los estudios de Filosofía del Derecho en España, inédito, citado por SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 667-672, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 668

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 19.

⁴⁹ CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 21.

En efecto, de ninguna manera creemos que haya incompatibilidad entre dos corrientes que por mucho tiempo se han considerado como opuestas, *el positivismo jurídico* en relación con *el iusnaturalismo*, según Norberto Bobbio, bajo ciertos puntos de vista, se contraponen o excluyen; sin embargo, bajo otros, coinciden,⁵⁰ lo cual resulta importante.

Ahora bien, conforme a lo expuesto por Eduardo García Máynez en su *Teoría de los tres círculos*,⁵¹ en base a las *tres dimensiones del derecho*, de la interpolación que se advierte de los tres círculos, se descubren siete posibilidades diferentes, y según la correspondencia en relación a esas siete posibilidades, se advierte que ciertas coincidencias se identifican con una u otra corriente del pensamiento jurídico; que si bien, -igual como lo propone Bobbio en torno al positivismo y iusnaturalismo- no se excluyen, pero tampoco se incluyen una dentro de la otra.

En ésta tesitura, se puede precisar que: si bien, el derecho objetivo no implica forzosamente el que esas normas formalmente válidas formalmente, por haber sido creadas por el Estado, deban ser intrínsecamente justas; tampoco lo es el que no deban serlo. En este sentido creemos que más bien, pueden complementarse, por lo que *privilegiaremos a la validez formal e intrínseca de la norma, de manera conjunta* ni una arriba de la otra; ambas al mismo nivel. Y si le agregamos como una tercera dimensión, el aspecto de *la eficacia* de la norma, pues se advierte que Eduardo García Máynez, nos alude a una tercera categoría, distinta al positivismo y iusnaturalismo, es decir, “el realismo jurídico”, ésta última, tampoco viene a contraponerse o a excluirse con las anteriores; por tanto, coincidimos y estimamos que la norma jurídica ideal debería ser aquella que sea *justa* por los valores que encierra; *formal* por la validez del proceso de creación; y *eficaz*, ya que realmente deberá ser obedecida o cumplida.

Una norma por obligatoria que resulte al tener validez formal, si no se cumple o aplica, es letra muerta y no merece ser derecho; de igual forma, una norma formalmente válida, pero carente de valores, tampoco merecería ser derecho. Lo mismo se puede decir respecto de aquellas normas que son formalmente válidas y justas, cuando a pesar de ello, no se aplican en razón de que no son obedecidas o cumplidas.

Los autores que *de inicio* se consideraron relevantes para la presente son:

Luis Legaz y Lacambra, Marcel Planiol, Georges Ripert, Julien Bonecasse, Japiot, Piedelievre, Eugene Gaudemet, Joseph Pothier, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Paolo

⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico y otras consideraciones acerca del positivismo jurídico*, Traducida por Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007, p. 81 y ss.

⁵¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, FONTAMARA, México, 2009, p.141 y ss.

Comanducci, Riccardo Guastinni, Susana Pozzolo, Juaz José Moreso, Luis Prieto Sanchís, Antonio Enrique Pérez Luño, Peter Häberle, Jurgen Häbermas, Norberto Bobbio, Eduardo García Máynez, Hans Kelsen, Francisco Ferrara, Miguel Reale, Manuel Albadalejo, José Maldonado y Fernández del Torco, Roberto de Ruggiero, Carlos Ducci, Nicolás Coviello, Manuel Borja Soriano, Rafael Rojina Villegas, Ignacio Galindo Garfias, Ernesto Gutiérrez y González, Rafael de Pina, José Antonio Márquez González, Jorge Joaquín Llambías, Carlos Fernández Sessarego, Carlos Cossio, Carlos Santiago Nino, Eduardo García Villegas, Alberto Calvo Meijide, José Castán Tobeñas, José Castillo Larrañaga, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Fernando Flores García, Jorge Mario Magallón Ibarra, Carlos Manssini, Eugene Petit, Guillermo Florís Margadant, Sabino Ventura Silva, Sara Montero Duhalt, Manuel Chávez Ascencio, Antonio Vodanovic, Alfredo Barros Errazuriz, Leopoldo Peralta, Ricardo Luis Lorenzetti, Santos Cifuentes, Julio César Rivera, Atilio Anibal Alterini, Guillermo A. Borda, Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, entre otros más.

X. PARADIGMA DE INVESTIGACIÓN

La teleología de la investigación jurídica, no es conocer por el saber, sino que descansa esencialmente en la solución de problemas jurídicos, buscando la evolución y mejora del derecho *-y en consecuencia de las relaciones sociales-*, en todos los sentidos. Por ello, la investigación del derecho es concebida como la “actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado.”⁵²

El paradigma⁵³ como modelo de la presente investigación y que orientará el presente trabajo, será el *cualitativo*,⁵⁴ toda vez que prescindiremos de elementos cuantitativos y de datos estadísticos; básicamente nos proponemos observar, analizar y sacar conclusiones de la esencia del objeto de estudio; así, el tipo de investigación será *exploratoria-propositiva* por entrañar básicamente investigación de tipo *documental*,

⁵² FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Porrúa, México, 1999, p. 416.

⁵³ Thomas Kuhn, refiriéndose al paradigma como modelo, como lo observable y escrutable señala: “*Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica*”. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Traducción de Agustín Contin, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 13; **en el mismo sentido Francisco Gorjón expone:** “*La palabra paradigma significa un conjunto de formas que sirven como modelo en los diferentes tipos de reflexión*.” GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, “Arbitraje Comercial, Paradigma del Derecho”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 116, Julio, 2001, pp. 87-94, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 2001, p. 94

⁵⁴ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, et al., *Metodología de la investigación*, Mc Graw-Hill, México, 2003, págs. 16 a 18 y 132. En la metodología de la investigación científica, se reconocen dos grandes paradigmas: *cuantitativo* y *cualitativo*. “*El conflicto metodológico planteado entre los paradigmas cuantitativo y cualitativo no constituye una discrepancia reciente, ...*” BEHAR RIVERO, Daniel S., *op. cit.*, p. 35

bibliográfica, pues mediante la recopilación de la información y datos relevantes, se construirán los marcos teórico y jurídico conceptual, complementándose también con el estudio explicativo, demostrativo, resultará importante la *descripción* de los elementos y características que envuelven la problemática a investigar, tales como *la persona, la capacidad, el orden público, y la nulidad*, para poder analizarla, evaluarla y proponer soluciones.

En efecto, es cualitativa ya que reflejará el conocimiento sustantivo teórico de los temas antes señalados, amén que el proceso que caracteriza éste tipo de investigaciones, además de ser flexible, se basará en métodos de recolección de datos pero sin que haya una medición cuantitativa, tales como la observación, análisis, descripción, comparación de datos, inducción, deducción, serán las herramientas de las que echaremos mano en el presente trabajo.

XI. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método⁵⁵ entendido como “una sucesión de pasos ligados entre sí por un propósito”;⁵⁶ como “el modo determinado de antemano de hacer con orden ciertas acciones, de tal suerte que sean más aptas para el fin que se pretende.”⁵⁷ Los pasos que se trazan en éste trabajo, guardan una relación lógica y racional, enfocados con el propósito esencial que es el corroborar la hipótesis. Se reconoce que los elementos comunes a la definición del método son: “...una serie de **pasos**; que tienen un **orden**; encaminados a cumplir un **propósito**.”⁵⁸ Y dichos elementos se actualizan en la presente investigación.

En general, las ciencias se valen de una gran diversidad de métodos; inclusive, Karl R. Popper⁵⁹ propone también a *la experiencia*, como método de la ciencia empírica a representada por el mundo real, por el mundo de la experiencia.

Específicamente el *derecho como ciencia*, de manera general se vale de diversos métodos que los expertos en investigación del derecho han propuesto; entre ellos encontramos: **el método científico**,⁶⁰ **el intuitivo**, **el discursivo**, **el sistemático**, **el**

⁵⁵ Método proviene del griego “*metá: hacia y odos: camino, por lo que su conjunción significa el camino hacia algo, el modo de proceder para lograr una meta, la vía que se sigue para llegar a un fin.*” VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades.”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, pp. 5-37, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México, 2009, p. 27

⁵⁶ PARDINAS, Felipe, *Metodología y técnicas de investigación en las ciencias sociales*, Siglo XXI, México, 1991, p. 56

⁵⁷ VILLORO TORANZO, Miguel, *Metodología del trabajo jurídico*, Técnicas del Seminario de Derecho, LIMUSA, México, 1988, p. 1.

⁵⁸ LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología Jurídica*, Iure Editores, México, 2002, p. 165

⁵⁹ Vid. POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 38.

⁶⁰ Entendido como “... el conjunto de procedimientos por los cuales a) **se plantean los problemas científicos** y b) **se ponen a prueba las hipótesis científicas**”. BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Ed. Nueva Imagen, México, 1993, p. 46

*deductivo, el inductivo, el analógico o comparativo, el histórico, el dialéctico, el fenomenológico*⁶¹, *el histórico-lógico, el de análisis-síntesis, el de abstracción-concreción, el sistémico-estructural-funcional, el causal, el dialéctico*,⁶² entre otros.

En virtud de lo anterior, del camino a transitar en la presente investigación se recurrirá de manera preponderante a los *métodos jurídico comparativo, deductivo*⁶³ *y analítico*, entendiendo por éste último, aquél por el que se descompone el todo en sus partes y las identifica; es decir, es el proceso de conocimiento que comienza por identificar las partes que caracterizan una realidad -la capacidad jurídica-, para establecer lo que en materia de investigación se conoce como “*relación de causa-efecto*”, -aunque en materia jurídica, con mayor precisión se conoce como “*relación supuesto jurídico-consecuencias de derecho*”-; y en la presente investigación se recurrirá a dicho método al momento de separar cada uno de los elementos de los conceptos herramienta, así como de las diversas teorías aplicables, y entonces a través de ello se sacarán conclusiones. Simultáneamente se recurrirá al *método deductivo*⁶⁴ en los momentos que busquemos la aplicación de una teoría, de una ley, o de la doctrina a casos particulares, ya que se partirá de lo general a lo particular. El método jurídico comparativo se empleará para determinar la viabilidad e idoneidad de la comparación; y en su caso, para hacer la sistematización, la derivación de semejanzas y/o diferencias del tratamiento jurídico de distintas instituciones jurídicas -de manera especial el de la “*capacidad e incapacidad*”, *invalidéz, nulidad, anulabilidad, nulidad absoluta, nulidad relativa*-, y su abordaje jurídico en los diversos Estados a comparar.

Sin embargo, cuando tengamos que partir de la observación de una situación particular, ante la problemática específica que se vaya planteando, se tendrá que buscar en la ley o en la teoría un fundamento para resolver y respaldar una determinada postura, o bien, para crear leyes o teorías a partir de la observación lograr una generalización, es decir, tendremos que partir de lo particular a lo general, por ello es que también se utilizará el *método inductivo*.⁶⁵

⁶¹ Cfr. PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del Derecho*, Porrúa, México, 1997, pp. 70 a 83.

⁶² “Los métodos de mayor empleo son: el histórico-lógico, el de análisis-síntesis, el de abstracción-concreción, el inductivo-deductivo, el hipotético-deductivo, el sistémico-estructural-funcional, el causal, el de modelación, el genético y el dialéctico.” VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, *op. cit.*, p.29

⁶³ “El método teórico-deductivo se basa en el razonamiento puro, y comprende la deducción y la inducción”. LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1991, p. 28.

⁶⁴ “El método deductivo se realiza, tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el área. En materia jurídica, el método deductivo se realiza principalmente mediante las técnicas de aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos.” PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis; “Metodología de la investigación científica del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 205-206, Sección de doctrina, Enero-abril 1996, pp. 62-83, pág. 69

⁶⁵ “A través de la inducción se construyen teoremas desde situaciones jurídicas particulares y casos concretos, a partir de los cuales se realizan inferencias y se establecen regularidades, obviando los atributos no determinantes y decantando lo generalizable, lo cual da pauta para establecer conclusiones e hipótesis.” VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 30

Por último, también se recurrirá al *método sintético*, entendiendo como tal, aquél que relaciona los elementos componentes del problema y crea explicaciones a partir de su estudio; y precisamente en la presente investigación, se recurrirá al aludido método en la medida que vaya aumentando el conocimiento de la realidad a estudiar, hasta llegar a tener un conocimiento más complejo, y así sea posible hacer el planteamiento del problema totalizado, pudiéndose sistematizar, esquematizar, explicar y llegar a conclusiones concretas. Para derivar, por ejemplo, las características de la capacidad e incapacidad; así como el tipo de nulidad atribuible a cada una de ellas, se tendrá que recurrir a dicho método.

CAPÍTULO I

EL BINOMIO PERSONALIDAD-CAPACIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

SUMARIO: 1.1 Introducción. 1.2. El concepto jurídico de persona. 1.2.1. Las Personas Jurídicas Individuales. 1.2.2. Las Personas Jurídicas Colectivas. 1.2.3. Teorías de la personalidad de los entes colectivos. 1.2.4. Diferencia entre persona y personalidad jurídica. 1.2.5. La visión tridimensional de la persona jurídica. 1.3. Noción de la capacidad jurídica. 1.4. El binomio personalidad-capacidad. 1.5. Distinción entre capacidad y personalidad jurídica. 1.6. La capacidad jurídica en el neoconstitucionalismo como nuevo paradigma. 1.6.1 La capacidad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli. 1.6.2 La capacidad en la concepción de Robert Alexy. 1.6.3 La capacidad conforme al pensamiento de Ricardo Guastini. 1.6.4 La capacidad basada en el pensamiento de Paolo Comanducci. 1.6.5 La capacidad jurídica en base a la ideología de Juan José Moreso. 1.6.6 La capacidad en base al pensamiento de Luis Prieto Sanchís. 1.6.7 La capacidad conforme a las ideas de Antonio Pérez Luño. 1.6.8 La capacidad jurídica conforme a Susanna Pozzolo. 1.6.9 La capacidad jurídica a la luz de las ideas de Peter Häberle. 1.6.10 La capacidad basada en la concepción de Jürgen Habermas.

1.1. Introducción.

Sin perder de vista que la presente tesis doctoral versa sobre los *“Efectos de la incapacidad de goce como causa de nulidad, adaptada a la Bidimensión de la Capacidad conforme a las Teorías de las Nulidades y de los Derechos Fundamentales”*, Señalábamos en la construcción metodológica que los dos cimientos de ésta tesis lo conforman por un lado *“la capacidad jurídica”* y por el otro, *“la nulidad de los actos jurídicos”*, que a su vez serán desarrollados en los cuatro grandes ejes conceptuales: *-la persona, la capacidad, el orden público, y la nulidad-*, que desde la construcción metodológica

del presente trabajo se han trazado; y por ende, conforman el hilo conductor de ésta tesis. De esos cuatro ejes, **la persona y la capacidad** serán estudiadas debidamente, cada una de ellas en su contexto, pero tratadas en éste capítulo de manera conjunta, la razón es que no podemos separarlas, pues forman un binomio indisoluble, ya que no pueden sino co-existir.

Para la elaboración del presente capítulo, cuyo epígrafe es *“el binomio personalidad-capacidad desde la óptica del neoconstitucionalismo”*, por principio, consideramos que capacidad y personalidad forman un binomio indisoluble, ya que no es posible concebirlos de manera independiente, no podría existir o justificarse una sin la otra. Tendremos que partir necesariamente de la conceptualización de *persona jurídica*, para después derivar la noción de *personalidad jurídica* distinguiéndola también de la idea de *capacidad jurídica*; aunque si bien, la capacidad jurídica, presupone a los anteriores. No obstante, sin negar la relación tan estrecha que entre estos tres conceptos se da, se estima que es menester hacer una adecuada distinción entre ellos.

Con la noción de capacidad jurídica a partir del de la persona, se abordará otro de los propósitos que han sido proyectados: el determinar si *hay correspondencia entre la capacidad jurídica y el neoconstitucionalismo*, y si la hubiere, deslindar cual es la *correlación existente entre ambas*; se buscará también determinar si *hay correlación entre “capacidad” y los “Derechos Fundamentales”* y en su caso tratar de esclarecer *qué relación guarda la “Capacidad” con los “Derechos Fundamentales”*. En efecto, uno de los fines que nos proponemos en éste capítulo, será determinar la relación que hay entre la capacidad jurídica con el neoconstitucionalismo; lo que nos impone desde luego, la necesidad de indagar acerca del *neoconstitucionalismo* como nuevo paradigma del Estado Constitucional, la relación existente ente éste con los *“derechos fundamentales”*; para poder lograr éste objetivo, metodológicamente, abordaremos a los principales pensadores contemporáneos que han disertado sobre el constitucionalismo contemporáneo y ubicar los alcances de la capacidad jurídica conforme a esta ideología.

Cabe aclarar también, que el estudio que en éste capítulo se hará sobre la capacidad jurídica será *únicamente para determinar su esencia como atributo de la personalidad* sin que sea de tipo analítico, únicamente para poder derivar si *tiene las cualidades que permitan considerarla como derecho fundamental*, o si por el contrario, sólo es la idoneidad o aptitud para tener derechos, dentro de los cuales caben los fundamentales, pues en los siguientes capítulos se tratará de los derechos fundamentales y su enfoque con la capacidad, así como de la bidimensión de la capacidad donde se hará un estudio exhaustivo y analítico de la misma tanto en su dimensión de atributo de la persona, como en la de elemento para la validez o existencia perfecta en los actos jurídicos.

En este capítulo resulta trascendente el concepto que Luigi Ferrajoli hace sobre los derechos fundamentales, los define como *“aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, [...]”*,¹ del concepto ferrajoliano resalta aspecto que se refiere al de *“personas con capacidad de obrar”*, por lo que queda manifiesto que la *capacidad* reviste especial importancia en la concepción de los derechos fundamentales.

1.1.1. La capacidad en relación al derecho subjetivo y al derecho objetivo.

La *capacidad* va estrechamente ligada al “derecho” –de manera especial con el derecho subjetivo ya que son las facultades que el derecho objetivo confiere a la persona- y se concretiza precisamente en todos los derechos que tiene cada persona; empero, también se establece una relación con el derecho objetivo, pues, si la capacidad jurídica o “titularidad”, es la *cualidad, idoneidad o aptitud del sujeto* para tener derechos o facultades y obligaciones o deberes; el derecho objetivo es la fuente formal de la capacidad, y se crea a partir de los criterios del legislador constitucional o del legislador ordinario, quienes determinan *qué sujetos* en particular tienen o no, tales o cuales derechos, sin embargo, esta determinación en su aspecto negativo, debe hacerse de manera racional, en torno del orden público, considerando también, cuestiones de conveniencia política-legislativa, donde se obedece a criterios económicos, políticos, sociales, culturales de un Estado, pero siempre deberán estar sustentados y orientados por los criterios de racionalidad y objetividad.

En efecto, el derecho surge por causa del hombre y para el hombre por lo subsecuente; si partimos del hecho que *el ser humano es un ser esencialmente social o comunitario* por naturaleza, por necesidad, conveniencia y por convicción; se colige que no podría el ser humano *existir* aislado de otros seres humanos. En ésta tesitura Máximo Pacheco señala que el hombre conscientemente engendra relaciones sociales, y a ellas encamina todos sus instintos *“...tanto los egoístas como los altruistas y sus necesidades, tanto las biológicas como las del espíritu.”*² En consonancia con el plano natural, el ser humano desde que nace es una de las criaturas más vulnerables e indefensas que existen, de modo tal que por sí, no podría *sobrevivir* solo; por fuerza requiere de otros seres humanos, primero para poder subsistir y después para poder realizarse; pero también, al ser un ente racional, el mismo hombre de manera consciente se da cuenta de esa realidad, por lo que está persuadido y cierto de que no puede sino co-existir con otros seres humanos.

De esa necesidad humana nace la sociedad, y para regular la convivencia social adecuada surge el derecho. La razón de ser de la sociedad y el Estado reside en los seres humanos que lo conforman, pero para su interrelación ordenada, deben

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 19.

² PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 21

sujetarse a ciertas reglas. En éste rumbo, Máximo Pacheco nos explica que la sociedad no tiene razón de ser en sí misma; su razón lo son los seres humanos organizados “*la sustancia de la sociedad está en los individuos que la constituyen en cuanto están unidos en un cierto orden*”.³

Del desarrollo de la idea anterior se deriva que, las interrelaciones humanas que se producen, pueden ser y de hecho son de diversos tipos; algunas de ellas son armónicas, otras son indiferentes, y muchas otras más son antisociales; por ello, para evitar el caos y anarquía, es necesario cierto orden que ordene y ponga límites a las conductas.⁴ En efecto, de estas interrelaciones humanas surgen los sistemas normativos, todos y cada uno de ellos sin excepción, buscan una convivencia adecuada; empero, de estos, el *sistema normativo jurídico*⁵ es el más eficaz por las características que le son propias, el único que es coercible es el jurídico, pues en la norma jurídica, es factible y válido llegar a la coacción para obtener la observancia cabal y efectiva de sus preceptos; en ello se traduce la coercibilidad como característica esencial y exclusiva del sistema jurídico normativo.

1.1.2. El principio personalista como premisa de la capacidad e incapacidad.

En los sistemas jurídicos, la persona humana es considerada como el centro de toda tutela jurídica, y por ende la razón de la capacidad jurídica.

Giancarlo Rolla considera que la panacea del sistema jurídico es el principio personalista pero con una visión atomista, es decir, no es la persona aislada, sino a la persona humana en su dimensión social, y estima que las leyes fundamentales de los Estados buscan la protección, el garantizar y fomentar el desarrollo de los derechos fundamentales en base a la persona humana; así, el núcleo de tutela de los derechos fundamentales lo constituye *el ser humano*, pero en su proyección social.⁶

En éste orden de cosas, el derecho como sistema normativo, surge por la necesidad misma del ser humano para facilitar las relaciones sociales y se concibe como *el acervo de prescripciones y proceptos jurídicos (principios, valores y reglas jurídicas) que regulan la conducta del hombre en su dimensión social*, de lo que se desprende que el objeto de regulación de la ciencia jurídica no es otra cosa que *–la conducta del ser humano–*, y para que esto sea posible aparece la capacidad como atributo del ser humano y luego de la persona jurídica, mediante la cual se considera a ésta primero

³ *Idem.*

⁴ Cfr. TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 39

⁵ “Puesto que la norma jurídica pertenece constitutivamente a la vida social, todo cuanto hay en la vida social constituye una realidad normativa y es susceptible de revestir la forma de la normatividad jurídica”. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 31

⁶ Cfr. ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, (Traducido del Italiano por Ortega Santiago, Carlos), IIJ-UNAM, México, 2002, p. 95

como apto para tener derechos; y después como sujeto capaz de hacerlos valer por sí mismo. Carlos Fernández Sessarego en su visión tridimensional de la persona, parte de la consideración que, el derecho es “*primariamente vida humana*”,⁷ precisamente porque se parte de la vida del hombre, y como la vida humana no se concibe de manera independiente, sino que se da en un contexto social, y por esa interrelación entre los seres humanos, es que necesariamente surge el derecho; consecuentemente, el sistema jurídico no puede regular conductas de otros entes que no sean los seres humanos.

En este mismo sentido, Luis Legaz y Lacambra refiere que “el Derecho existe por causa del hombre. El hombre es anterior al Derecho; éste ha de servir a aquél. Pero el hombre posee una dignidad propia; esté llamado a dar forma a su vida responsablemente, por sí y para sí.”⁸ Incluso en el caso de las personas morales, ellas también tienen como última razón de ser al propio ser humano, existen por el hombre y para el hombre, ya que aparecen éstas como un instrumento del que los hombres se valen para poder realizar fines determinados. Lo ha percibido también y lo ha señalado así José María Cajica, referido por Jorge Mario Magallón Ibarra, en su artículo sobre *la absurda negación de la persona* en los siguientes términos: “*Si bien es cierto que el fin de todo derecho es el hombre, debe pensarse que se trata del hombre de carne y hueso (y esto aún en el caso de las entidades jurídicas que se han denominado personas morales, porque al fin de cuentas esas entidades son constituidas por hombres.*”⁹ De las interrelaciones que se dan entre los seres humanos, el derecho, para lograr esa convivencia adecuada y poder lograr el orden social, considera que en ciertos casos y en atención a ciertas personas, es necesario limitar a través de la restricción de determinados derechos a ciertos sujetos, surgiendo así las incapacidades de goce.

1.1.3. Ser humano y persona: El ordenamiento jurídico como causa adecuada.

Sin embargo, aunque el objeto de regulación jurídica es la *conducta humana*, debemos aclarar que los términos de “hombre” y “sujeto de derecho” o “persona humana”, no son lo mismo, si bien, todo ser humano tiene la aspiración natural a ser persona “*ipso facto*” por ser humano, no se lograría esto sin que la norma jurídica como causa adecuada, le dé sentido mediante la atribución de derechos y obligaciones jurídicas, por ello es que afirmamos que “ser humano” y “persona” no han sido considerados como conceptos sinónimos. Hoy en día, en base al desarrollo y evolución de los Estados, amén de acontecimientos importantes como la declaración

⁷ “El derecho, como en la actualidad lo comprende un sector cada vez más numeroso de juristas es, primariamente, vida humana, relación entre seres humanos valiosamente regulada”. Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Visión tridimensional de la persona jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 89, pp. 501- 509, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010, p. 507.

⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana ... *op. cit.*, p. 35.

⁹ CAJICA, José María, citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “La absurda negación de la persona”, *Revista de Derecho Privado, Nueva Serie, Número 9-10, Sección Doctrina*, pp. 97-109, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 100

Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, podemos asegurar que bajo la perspectiva de la contemporánea ciencia jurídica, al día de hoy, todo hombre es reconocido como persona, no obstante, los antecedentes y la realidad histórica nos da cuenta de los pueblos de la antigüedad han tenido no pocas Organizaciones Estatales en las que a determinada categoría de seres humanos, jurídicamente se les ha negado la calidad de persona.¹⁰ En los Estados Contemporáneos, la esclavitud, al menos desde el plano eminentemente jurídico-formal, no existe.

1.2. El concepto jurídico de persona.

Conforme a la Teoría General del Derecho, la Persona constituye uno de los conceptos jurídicos fundamentales, quizás el más importante, ya que en torno a éste se desarrollan los demás.¹¹ El presupuesto o premisa de la capacidad jurídica y de la personalidad es la persona.

Persona es una palabra que posee pluralidad de significados, dependiendo de la disciplina o realidad particular desde la que se esté empleando.

Así, desde el plano ético Máximo Pacheco estima que persona “*es el ser dotado de voluntad y razón, capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos.*”¹²

En el mismo Diccionario de la Real Academia Española, se reconocen diez acepciones de *persona* entre los que podemos mencionar *la religiosa, gramatical, filosófica, común, literaria*, entre otros,¹³ cuyo estudio no es el propósito de ésta tesis, sino que, simplemente se aluden para confirmar que se trata de una palabra polisémica. Inclusive, ya dentro de la propia ciencia jurídica hay diversos escritos, puntos de vista y teorías sobre la persona, dándole alcances y significados que no

¹⁰ “Jurídicamente ni todo hombre es persona ni con exclusividad del ser humano lo es, pues existen a su lado las personas jurídicas colectivas. Persona física o individual y persona moral, social o colectiva, una y otra tienen que ser referidas al denominador común del derecho, para que puedan unirse en el concepto general de persona jurídica.” FLORES GARCÍA, Fernando, “Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 25, Sección Doctrina, pp. 239-300, IIJ-UNAM, México, 1957, p. 245

¹¹ “Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que “persona” constituye un concepto jurídico fundamental. Sin embargo, su uso no se limita a la teoría general del derecho. La noción de persona es un concepto jurídico técnico; aparece en el lenguaje de juristas, jueces y abogados y en los textos de derecho positivo. No obstante, la locución “persona” no es exclusiva del discurso jurídico. Por el contrario, procede de campos muy alejados del derecho.” TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Persona”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII*, P-Reo, UNAM, México, 1984, p. 97

¹² PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 91

¹³ “El vocablo persona tiene tras de sí una larga evolución histórica que involucra aspectos religiosos, filosóficos, históricos, sociales y, desde luego jurídicos. A pesar de los grandes avances logrados en materia de Derechos humanos, la persona –y especialmente la persona jurídica– continúa caracterizada como un concepto sumamente elusivo y complejo que alguna vez colisiona marginalmente con otros conceptos como los de personalidad, capacidad, sujeto de derecho, titularidad.” MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, “La persona jurídica”, *Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, núm. 7*, pp. 93-114, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 111

necesariamente convergen; por ello, lo importante pero a la vez complejo problema que representa *el concepto jurídico de persona*. Inclusive hay juristas que prefieren hablar de “persona jurídica” para darle la acepción más adecuada, en tratándose del derecho.

Sobre el origen glosológico de esta palabra, varios jusfilósofos coinciden en reconocer que el origen más probable es la derivación que hace Aulo Gelio de ‘*personare*’ (*per*: intensidad, y *sonare*: producir sonido, resonar, reverberar).¹⁴ La palabra “*persona*”, deriva del latín (nominativo) *persona*, (genitivo) *personae*, que significa máscara, y se empleó para referir a la máscara del actor, con la que se cubría su faz y que a la vez ayudaba a ensanchar o hacer más clara la voz; dicha máscara imitaba un rostro humano, es decir, el papel o caracterización que se representaba en una obra teatral, el personaje teatral. Esta expresión, a su vez deriva del etrusco *phersu*, y este del griego πρόσωπον (*prósopon*).¹⁵ El sentido originario de *persona* ni se identifica con el del ser humano o actor en cuanto a su individualidad misma, sino con el personaje o papel que desempeñaba, después se extendió también al autor, luego al hombre que posee determinada cualidad, verbigracia “*persona consulis*”, “*persona sociis*”, para referirse al cónsul o al socio. En Roma, la palabra *persona*, en el plano jurídico, vino a referirse y tener como significado *al sujeto como ente de derechos y obligaciones*. Así, –refiere Márquez González– en el Digesto o Pandectas se reconoce que las leyes sólo se pueden dirigir a las personas. “*Todo el derecho ha sido constituido por causa de las personas (omne ius personarum causa constitutum est)*”.¹⁶ En la antigüedad no todo ser humano era *persona*; así, en el Derecho romano arcaico los esclavos no eran *persona* y también los extranjeros, en la Ley Decenviral (XII Tabulas) eran reconocidos como “*Hostis*” (*enemigos*), luego se les reconoció como “*Peregrinus*”, (*los venidos caminando*).¹⁷ Aunque, posteriormente en la época republicana a los extranjeros se les reconoció como *personas* aunque con una capacidad jurídica más limitada que los ciudadanos romanos.

Manuel Albadalejo, concibe a la persona como **todo ente** reconocido por el ordenamiento jurídico como “miembro de la comunidad”; y por tanto, **nadie más**

¹⁴ Vid. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 86, IJ UNAM, México, 1986, p. 273.

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, España, ESPASA, 2001, p.1739; “En su acepción primitiva, por tanto, *persona* no era el individuo humano que representaba la escena, no era el actor, sino que era la máscara, es decir, algo que el actor añadía a su rostro para caracterizar un papel determinado; el personaje del drama y, en consecuencia, estaba integrado por dos elementos: el actor, el individuo humano, que era el sustrato real del personaje, y la máscara, forma ideal que se agregaba al rostro del actor para dar a éste el sentido que convenía a la obra”. SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia)*, Porrúa, México, 2002, p. 165

¹⁶ Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷ Cfr. PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 92

que ellos tiene capacidad jurídica *“la persona puede ser definida, jurídicamente hablando como ser capaz de derechos y obligaciones.”*¹⁸

Partiendo de estos antecedentes primitivos, entendemos que persona no era el ser humano que en sí desarrollaba la escenificación de tal o cual personaje, era más bien el personaje representado por éste; partiendo de esta premisa, se deriva que ‘persona jurídica’ no implica una correspondencia necesaria y forzosamente exclusiva con el hombre que lo representa; precisamente, el concepto de persona en sentido jurídico es pues, distinto al de hombre o ser humano. En ésta dirección, -Fernando Flores García precisa que- son distintos los conceptos de **“hombre”**, y **“persona en sentido jurídico”**; el primero es un concepto más amplio; es un concepto que comprende dimensiones metajurídicas, pues engloban las: *ético-filosóficas, sociológico-políticas, psicológico-biológicas*; no obstante, *“la persona en su concepto normativo jurídico, está formado por ese mismo hombre en su actuación jurídica, más el agregado del sentido jurídico de persona”*.¹⁹

En su obra de Filosofía del Derecho, Eduardo García Máynez conceptúa al sujeto de derecho o persona diciendo que es *“todo ente capaz de intervenir, como titular de facultades o pasible de obligaciones, en una relación jurídica”*.²⁰ Sin embargo, las acepciones vulgar y jurídica de persona son distintas, ya que, bajo la primera de ellas, esto es, la concepción común o vulgar *–no jurídica–*, se entiende como tal al ser humano;²¹ en cambio, bajo la concepción jurídica, se entiende por tal, al ente al que se le atribuyen derechos y obligaciones.

Francesco Ferrara considera que son tres las acepciones más importantes de la palabra persona (la biológica, la filosófica y la jurídica).²² Bajo la acepción biológica, persona equivale a ser humano, *“hombre”*; bajo la filosófica,²³ persona equivale a ser racional (*en concepto de Aristóteles, animal racional*) como ente capaz de proponerse o trazarse fines y realizarlos; y *bajo la acepción jurídica, que es la que nos importa, como el sujeto de facultades o derechos y obligaciones o deberes*. Referente a ésta última, el jurista mexicano Eduardo García Villegas al referirse al concepto jurídico de persona señala que persona es todo ser:

¹⁸ Cfr. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, Barcelona, BOSCH, 2002, p. 213

¹⁹ FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 242; πρόσωπον significa en griego “apariencia o disfraz”, véase MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *“La persona jurídica”*, *op. cit.*, p. 95

²⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p.138.

²¹ “En su acepción vulgar –dice Castán Tobeñas– el término persona es sinónimo de hombre”. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Porrúa, México, 2003, p. 131

²² Cfr. FERRARA, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, P. 124. También así lo refiere TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1996, p. 93.

²³ Desde el punto de vista filosófico, “la persona es una sustancia individual de naturaleza racional”. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *“La persona jurídica”*, *op. cit.*, p. 98

1. Idóneo para tener facultades y/o deberes jurídicos.
2. Apto de figurar como sujeto una relación jurídica; y
3. Susceptible de ser acreedor o deudor *–pretensor u obligado–* en una relación jurídica.²⁴

Ahora bien, desde el punto de vista semántico o lingüístico, no cabe duda, pues notorio resulta que las expresiones *persona* y *hombre* son distintas, aunque en ciertos aspectos sus contenidos pueden ser coincidentes, la noción jurídica de persona obedece a la del ente de atribución de derechos y obligaciones, entonces habrá coincidencia en sus contenidos cuando nos refiramos *al hombre, en su ascepción jurídica, en cuanto a sujeto de derechos o facultades y de obligaciones o deberes*, pues entonces será persona; pero no todo hombre, desde el punto de vista conceptual forzosamente será persona (*tal es el caso de la esclavitud*), ni tampoco persona será exclusivamente el hombre (*tal es el caso de las personas jurídicas colectivas llamadas morales*).

Juan Manuel Terán sugiere que para entender el significado de persona, no hay que ver primeramente lo normativo para aplicarlo a la vida real; sino más bien, al contrario, hay que partir de la realidad para luego ir a lo normativo; tampoco debemos partir de la noción de hombre, sino más bien debemos partir del derecho, por lo que, todo donde haya imputaciones de derechos y deberes, habrá consecuentemente persona y por ende, personalidad jurídica.²⁵ Fernando Flores García señala que persona “*es el centro de imputación normativa, el punto de referencia, al que el derecho dirige y alude todas las proyecciones de la conducta, y de los actos de un ente, proyecciones que van a unificarse a un punto centralizador, a un vértice de confluencia al que la ley atribuye esos actos, ya sea que correspondan o no, a una entidad real (persona física) o a un sustrato ideal (persona jurídica colectiva)*.”²⁶

En el derecho romano, como en otros sistemas jurídicos de la antigüedad existió la esclavitud, al esclavo inclusive se le equiparó con “cosa”; empero, hay juristas que consideran que esto resulta ser imposible pues sostienen que el propio ordenamiento jurídico de Roma, no pudo haber privado de derechos en lo absoluto al esclavo, ya que en el propio Derecho Romano, la esclavitud contrariaba al *ius naturale*. Uno de ellos es el Jurista español, Luis Legaz y Lacambra quien sostiene que “el esclavo es la persona humana que no es en absoluto persona jurídica, y por eso para

²⁴ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 4.

²⁵ “para tener la noción de persona no importa el concepto del hombre físico como tal, sino del derecho mismo. Pero esto conduce a decir que la definición tradicional de persona es de carácter realista, en tanto que parte de lo que real y positivamente es y no de lo que normativamente está establecido. Es decir, en lugar de ver primeramente lo normativo y aplicarlo a la realidad, mira a lo que es dado en la realidad misma. Pero frente a esa concepción positivista y realista, existe una concepción jurídico-normativa; ahí donde hay imputaciones de derechos y deberes, ahí surgirá la personalidad jurídica, ya sea sobre la existencia de un hombre físico, individual, o bien sobre una masa de bienes que sirvan de patrimonio, o sobre un grupo de hombres”. Vid. TERÁN, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 91.

²⁶ Cfr. FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 249

el Derecho es sólo «cosa». Sin embargo, se trata de un imposible [...] los romanos no dejaban de reconocer que esta idea de la esclavitud era contraria al Derecho natural y la propiedad sobre el esclavo era una forma de *potestas*. Y aun en el orden jurídico positivo esta negación de personalidad no era integral, pues siempre quedaban reconocidos ciertos derechos, aunque en grado mínimo y en cierto sentido de modo subrepticio.”²⁷ También, el jurista argentino Carlos Cossio, contrario a la concepción tradicional y dominante de que, *ser humano y persona no son lo mismo*, considera que “no ha habido nunca ni habrá hombres (seres humanos) que no sean personas jurídicas. Es falso que el esclavo no haya sido persona, pues el esclavo –en las organizaciones sociales que reconocieron la institución de la esclavitud– era ente de atribución de deberes,”²⁸ luego entonces, era persona.

Por otro lado, hay quienes consideran que persona es un concepto jurídico, que tiene un significado propio para la ciencia del derecho, así lo sostiene la jurista Argentina Fazio de Bello quien señala que “*persona es una categoría jurídica con validez dentro del ámbito del Derecho. El hombre es persona en cuanto tiene aptitud para adquirir derechos y contraer deberes, aptitud ésta que le viene del ordenamiento jurídico*”.²⁹

Por nuestra parte, consideramos que todo ser humano tiene la aspiración a ser sujeto de derecho, si partimos de la razón que el derecho no es un fin en sí mismo, sino que como lo hemos señalado previamente, es un instrumento del que se vale el ser humano para poder tener una vida más o menos armoniosa, tenemos que la causa eficiente del derecho es el hombre, pues sin éste no habría derecho; por ello, todo hombre debería ser reconocido por el derecho como sujeto de derechos y deberes, pero por otro lado tenemos al derecho positivo; y será este quien se encargue de hacer realidad esta premisa; por esta razón, estimamos que se deben separar las nociones de hombre y persona jurídica, la palabra persona, tiene un significado muy preciso en el campo jurídico y que no es necesariamente coincidente con el del ser humano, el concepto de persona, es un concepto eminentemente jurídico, el de hombre no. Estimamos que todo hombre debe ser persona y el derecho positivo para que sea considerado un *auténtico derecho* debe hacer todo lo necesario para así sea.

Independientemente de las posiciones teóricas alusivas a la naturaleza jurídica de las personas, lo que no deja la menor duda ni se cuestiona es que tenemos dos clases de personas: *las jurídicas individuales* encarnadas en los seres humanos, y *las*

²⁷ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana ... *op. cit.*, p. 20.

²⁸ “es falso que los esclavos no sean personas jurídicas, pues el derecho positivo les impone deberes y, por lo tanto, sanciones para el caso de incumplimiento. Es, sobre todo, en materia penal donde se podrá comprobar que los esclavos si han quedado sujetos a la regulación jurídica... Además, también tienen la facultad de inordinación. Ahora bien, si el derecho toma en cuenta al esclavo como centro de imputación de determinados deberes y facultades, existirá su personalidad a pesar de que esté sensiblemente restringida... No es exacto que en la historia del derecho o en el derecho moderno hayan existido o existan hombres, como seres plenarios en su realidad plenaria, que no hayan sido o sean personas”. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964 p. 205.

²⁹ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta Encina, *Parte General del Derecho Civil*, Oxford, Buenos Aires, 1999, p. 88

jurídicas colectivas entidades que necesariamente requieren de las primeras, pues estas serán los órganos que las conformen y/o representen. En esta misma orientación, Fernando Flores García considera que la persona física se fundamenta en una “realidad sustantiva humana”, y por lo general puede actuar jurídicamente de manera directa; es decir, *por si misma, por propio derecho*; y excepcionalmente, por medio de sus representantes *ya legales o voluntarios*; en cambio, las personas morales necesariamente obran por medio de sus órganos, que los encarnan las personas físicas que los representan.³⁰

1.2.1. Las Personas Jurídicas Individuales.

Para comenzar, es preciso señalar las expresiones doctrinales más usuales que se dan de la persona jurídica individual son: “*personas físicas*”, “*personas naturales*”, “*personas necesarias*”, o “*personas de existencia visible*”, entre otros. Como concepto de persona jurídica individual, se entiende, al hombre, en cuanto a sujeto de derecho, Juan Manuel Terán subraya que por el mero hecho de ser humano se tiene personalidad jurídica; y por ello, dichos entes (*seres humanos*) necesariamente deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico como personas.³¹

Por su parte, el jurista chileno Rodolfo Figueroa, señala que la Constitución no se define la expresión “persona”, esta tarea la dejan a las leyes secundarias; en términos muy similares a los que sucede en nuestro Estado Mexicano. Para comenzar, en el sistema jurídico mexicano, todo lo que concierne a la reglamentación jurídica en cuanto a la persona, personalidad y atributos de la persona queda en el ámbito competencial de los Estados. El artículo 55 del Código Civil Chileno, aludiendo a la persona natural, la define así: “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición (sic).*”³² Del mismo modo, el artículo 20 del Código Civil para el Estado de Guanajuato define a la persona física estableciendo: “*Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.*”

Partiendo de la legislación civil guanajuatense el Maestro Guzmán Gómez define a la persona física como “*todo individuo de la especie humana desde que es concebido hasta su muerte, a condición de que nazca viable; considerándose viable el*

³⁰ FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 249

³¹ Cfr. TERÁN, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 91.; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004, p. 275.

³² FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de persona, Titularidad del derecho a la vida y aborto”, *Revista de Derecho*, Vol. XX, No. 2, pp. 95-130, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2007, p. 96.

ser humano que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil.”³³

Si prescindimos del positivismo jurídico, basándonos en la dignidad como rasgo distintivo del ser humano que lo distingue de otros seres vivos, es la dignidad la que conforma a la persona como razón de ser en sí, como fin en sí mismo y no como un medio –como lo señala Humberto Nogueira–; por ello, la dignidad es la razón de ser de la persona misma, y en tal virtud se le dota de capacidad jurídica para autodeterminarse y desarrollar libremente su personalidad; en suma, todos los derechos que posee, la capacidad y personalidad jurídica que tienen las personas, es en base a la dignidad humana.³⁴ Entonces, conforme a una visión iusnaturalista, por la que se concibe al derecho como la norma intrínsecamente justa, que vale por sí misma, porque encierra valores que permiten la realización de los fines y metas que el ser humano se traza, el derecho natural sería entonces, el criterio ontológico que sirve a los hombres en su intento de realizar la justicia, “ese criterio comprende la visión del ser humano como responsable y libre y como ser que debe realizar su propia perfección en colaboración con los demás seres humanos”,³⁵ para la corriente del iusnaturalismo, por el simple hecho de ser hombre (ser humano) se tendrían todos los derechos inherentes y consubstanciales al mismo,³⁶ independientemente del reconocimiento que el propio ordenamiento jurídico haga de los mismos. Los seres humanos son personas, por su mera existencia. Es decir, –expresa Flores Madrigal– la ciencia jurídica, partiendo de la persona humana, elabora un concepto con carácter técnico, instrumental, parcial que le permita regular las relaciones humanas. En este sentido, junto al ser humano-persona, se reconocen otros sujetos que, aunque distintos al ser humano, son consideradas personas.³⁷

³³ Cfr. GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *Propuesta de Reforma al Código Civil para el Estado de Guanajuato, con respecto a los atributos de la persona*, Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho civil, en fecha 17 de mayo de 2006, Universidad De La Salle Bajío, León, Guanajuato, 2006, p. 36.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Ediciones Legales, Lima, 2009, págs. 11 y 14

³⁵ Cfr. VILLORO TORANZO, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1984, p. 483.

³⁶ No existe un catálogo de tales derechos, pudiéramos decir que el más importante es el derecho a la vida, luego a la libertad, a la propiedad, al debido proceso legal, pero desde luego, los derechos de la personalidad que se esquematizan como “el derecho a la identidad, los derechos relativos al cuerpo o a la integridad física y los derechos relativos a la integridad moral o psíquica. El derecho a la identidad se presenta como el derecho a ser único e irrepetible y su vulneración tiene lugar básicamente por la afectación de la verdad biográfica. Los derechos relativos al cuerpo o a la integridad física se manifiestan en el derecho a vivir, el derecho a la integridad física y el derecho a disponer del cuerpo. Por su parte, los derechos asociados a la integridad moral o psíquica del sujeto se podrían sub clasificar a su vez en la libertad, el honor, la privacidad, la intimidad, la autodeterminación informativa, la imagen y la voz.” DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Sobre los derechos de la personalidad”, *Revista Díkaión, Lo Justo*, Año, 17, No. 12, pp. 4-15, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2003, p. 4.

³⁷ Vid. FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia, “El derecho a la protección de la vida e integridad física”, en *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Protección de la Persona y Derechos Fundamentales*, pp. 139-179, IIJ-UNAM, México, 2006, p.140

En cambio, bajo la concepción formal-positivista de Hans Kelsen, la persona física no es el hombre en sí, es decir, no por el hecho de ser hombre se es persona, la persona física *“es una construcción jurídica de su conducta, en cuanto ésta constituye el contenido de normas jurídicas”*.³⁸ Si bien es cierto que el hombre es persona, no por ello debe derivarse que sólo la persona sea el hombre. Kelsen considera que *“El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción entre hombre y persona constituye uno de los conocimientos metodológicos más importantes de dicha ciencia”*,³⁹ por lo que rechaza la idea de que la personalidad jurídica sea una expresión necesaria de la calidad de hombre.

Basándose en el panorama de la doctrina francesa, el maestro Guzmán Gómez nos da razones basadas en la Legislación Civil mexicana, de las que se desprende que hombre y persona no son lo mismo, tomaré las que considero más relevantes:⁴⁰

a) Los casos en que la personalidad física dura más que la vida del hombre, esto ocurre en relación al *nasciturus*, cuando el legislador hace suponer que la personalidad existe desde el momento de la concepción, personalidad sujeta a condición de que el individuo *nazca vivo y sea viable*. En éste caso la personalidad se concede antes que a la vida humana. El artículo 1314 de nuestra legislación civil Federal, interpretado *a contrario sensu*, que establece que: *“Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.”*

b) El caso en los que la personalidad física subsiste a pesar de la muerte del ser humano, ya que jurídicamente puede seguir siendo considerado sujeto de derecho. O el caso del *declarado ausente*, que independiente que de hecho viva o no, jurídicamente continua viviendo, por lo menos mientras no se le declara presuntamente muerto o se determina que realmente lo está. En esta dirección, el artículo 1649 del Código Civil Federal, dispone: *“La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente”*.

c) Caso en el que la personalidad jurídica no existe a pesar de la vida intrauterina del individuo, cuando el embrión no nace o nacido que sea no es viable. El artículo 2357 de la Legislación Civil Federal señala: *“Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337”*.

Buscando justificar que todo ser humano es persona, y por tanto son lo mismo, Alberto Calvo Mejjide, se fundamenta en una razón desde el punto de vista

³⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1983, p. 266

³⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 276

⁴⁰ Cfr. Parte de la Doctrina de Planiol & Ripert para llegar a tales conclusiones. GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, op. cit., p. 24 y ss.

ontológico del porqué todo hombre tiene necesariamente que ser persona, dicho fundamento lo sustenta en el hecho de que cada sujeto o persona tiene cualidades que le son propias, la individualidad propia del ser, única, singular e irrepetible y por ello inalienables.⁴¹ Además, considera el propio autor, que el derecho surge por la necesidad del ser humano para facilitar las relaciones sociales, la dignidad humana nace de la propia naturaleza del hombre, por lo que entonces, el derecho positivo simplemente reconoce esos derechos preexistentes al Derecho mismo.⁴² García Máynez considera que “los que piensan que el hombre como tal es sujeto de obligaciones y facultades, defienden la tesis de Windscheid sobre el derecho subjetivo. Si la esencia de éste es el poder volitivo humano, el sujeto de tal voluntad será, necesariamente, sujeto de Derecho”.⁴³

En cuanto a la distinción “persona” y “hombre”, el Doctor Rolando Tamayo Salmorán parte de un planteamiento a través de variables donde (‘x’) aparece como variable y puede ser utilizada de diversas maneras, verbigracia: a) ‘x’ *está facultada para esto...*; b) ‘x’ *tiene el deber de ...*; c) ‘x’ *está obligado a realizar ...*; d) ‘x’ *tiene derecho a ...*; e) ‘x’ *tiene el deber de ...*. El dilema sería determinar si la variable ‘x’ podría ser sustituida invariablemente por “hombre”. A este respecto, el jurista argentino Roberto Vernengo al dar respuesta al planteamiento de variables señala: “los juristas, por un lado, encuentran que la identificación de la variable ‘x’ con ‘hombre’ es equívoca, toda vez que existen seres humanos que no pueden ser nombrados por ‘x’ (e.g. los esclavos –en ciertos casos–, los presuntamente muertos, los seres humanos que han sido objeto de muerte civil, [...]) Por otro lado, los juristas saben de casos en que ‘x’ podía designar entes que no son seres humanos (fundaciones, herencias, organismos internacionales, sociedades, los no nacidos, [...]).⁴⁴ Sobre éste mismo tema de distinción –hombre y persona–, el filósofo jurista argentino Carlos Cossio parte de lo que denomina “la antinomia de la personalidad”. Por un lado propone la TESIS: “**hombres que son personas**” (identificando en ella a los seres humanos con la persona como el sujeto de derechos); y las ANTÍTESIS son: **a) hombres que no son personas** (Vgr. los esclavos), y **b) personas que no son hombres** (personas jurídicas colectivas).⁴⁵ Ante tal planteamiento dialéctico, Flores García

⁴¹ “cada hombre es único en su especie y diferenciado de todo otro ser humano, y, por ello, es irrepetible. Es por ello poseedor de cualidades y propiedades específicas y, consiguientemente, es sujeto y titular de unos derechos inalienables, que le pertenecen por el mero hecho de ser hombre.” CALVO MEIJIDE, Alberto, “El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto Constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista”, *Cuadernos de Bioética*, No. 2, pp. 283-298, Universidad San Pablo, Madrid, 2004, p. 285.

⁴² “la persona es una realidad anterior y preexistente a toda organización social y política y es, por tanto, anterior y preexistente al Derecho positivo. Ciertamente, el Derecho es necesario, dado que el hombre es un ser racional, social y libre, pero ello no significa que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales sean concesión del Derecho Positivo, sino que, muy por el contrario, nacen de la propia naturaleza humana, en la que se enraíza el Derecho Natural, cuyo núcleo normativo no es otro que la Justicia y los derechos del hombre; de ahí que la misión que el Derecho Positivo ha de cumplir no es otra que la de la tutela y protección de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.” Cfr. *Ibidem*, p. 286 y ss.

⁴³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 275.

⁴⁴ VERNENGO, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 265.

⁴⁵ COSSIO, Carlos, *La Teoría egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, op. cit., p. 205.

considera que con la antítesis se destruye la tesis que queda como una proposición meramente empírica; “*óntica y objetivamente*” hombre y persona son dos entes distintos ya que pueden existir de manera independiente uno del otro;⁴⁶ a su vez, José Luis Soberanes describe que “*La palabra hombre es de mayor extensión que la palabra persona, porque toda persona es hombre pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado en algún estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno, no es persona*”.⁴⁷ Ésta relación sólo se entendería prescindiendo de las personas morales, es decir, basándonos únicamente en las personas físicas, pues de lo contrario, no se podría válidamente concluir que toda persona es hombre, pues se estarían olvidando a las jurídicas colectivas.

El Maestro Guzmán Gómez, sintetiza las conclusiones a las que llega García Máynez sobre la persona física en los siguientes términos:

1. “El que todo ser humano sea persona, no implica que la personalidad jurídica del individuo se confunda con la realidad del hombre.
2. El hombre es sujeto de Derecho porque su vida y su actividad se relacionan con los valores jurídicos.
3. Ser persona en Derecho, o ser persona de Derecho no es lo mismo que ser hombre individual, que ser persona en sentido radical y plenario, es decir, que ser individuo.
4. El individuo es un ser único, que no se confunde con los otros; en cambio la personalidad jurídica atribuida a los individuos se apoya o se funda, precisamente, en aquellas dimensiones que éste tiene en común con los demás.
5. Las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas, intercambiables, esto es, funciones o papeles que, en principio, pueden ser desempeñados por cualquier otro.
6. El hombre, en su radical individualidad, no tiene interés para el Derecho; al derecho le interesa su papel como arrendador, juez, heredero, etc.”⁴⁸

1.2.2. Las Personas Jurídicas Colectivas.

La esencia de toda personalidad es el ser humano (persona física); la personalidad jurídica de los entes colectivos que como tales tienen atributos propios que no se confunden con los de sus socios o asociados, pero también, como último destino tienen a la persona humana, pues recaen en ésta. Legaz y Lacambra considera que “la personalidad social tiene su raíz en la personalidad humana como tal, y que es mutilarla en su realidad esencial reducirla a la realidad única de su dimensión

⁴⁶ FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 292

⁴⁷ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1985, p. 57

⁴⁸ GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 24

social. La personalidad jurídica presupone la personalidad social del hombre, pero es a imagen y semejanza de la personalidad humana.”⁴⁹

En palabras de Eduardo García Máynez, (*persona o sujeto*) “es todo ente capaz de tener facultades y deberes. A su vez, las personas pueden ser físicas (*persona jurídica individual, ser humano*) y morales (*persona jurídica colectiva*).”⁵⁰ A las primeras se les denomina personas individuales, físicas o naturales; y las morales se les identifican también con la denominación de personas jurídicas, colectivas, sociales, incorporales.

Al igual que como en su oportunidad lo hicimos con las personas jurídicas individuales, señalamos las expresiones doctrinales más usuales que se dan de la “persona jurídica colectiva”: Se conocen como “personas morales”, “personas artificiales”, “personas ficticias”, “personas ideales”, “entes colectivos”, “incorporales”, “sociales”. Se definen como las agrupaciones de personas físicas y/o morales que se reúnen de manera (*no meramente transitoria*) permanente para ejecutar un fin lícito, posible y común, reconocidas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derechos o facultades y de obligaciones o deberes, por tener atributos inherentes a su propio ser, independientes de los atributos que corresponden a cada uno de los miembros que la conforman. Así pues, las personas morales son seres engendrados por el Derecho “y que participan de la misma personalidad jurídica que la de los seres humanos”.⁵¹ Se considera que son asociaciones pues no basta la simple reunión o agrupación de sujetos, una asociación supone que haya reglas básicas de funcionamiento, una organización, una estructura, órganos que la conforman, los que la administran, los que la vigilan; una simple reunión carece de dichos elementos, en la simple reunión es factible que las personas que se congregan coincidan sólo en un momento, y que jamás vuelvan a estar reunidos esos mismos sujetos; esto nos lleva también al segundo elemento observable del concepto: la permanencia; la asociación debe ser permanente en el sentido que deben tener una duración firme determinada o indeterminada, durante la cual ejerce sus funciones tendientes a realizar su objeto; la permanencia es en el sentido contrario a lo que es meramente transitorio. El tercer elemento implica las características del objeto o fin que todos los socios tienen, debe ser común a todos en el significado de que todos los asociados persiguen el mismo propósito; ese fin además de ser compartido por el conjunto de socios, debe ser posible, realizable o ejecutable, y además no contravenir las normas jurídicas. Por último, la persona moral gozará de atributos que le son propios, privativos, exclusivos distintos a los de los miembros que la integran, tendrá su propio patrimonio, su propio nombre, su domicilio, su nacionalidad propia como atributo del ente, que aunque parecida a la de otras personas, cada persona tiene su propia nacionalidad, en el sentido de pertenencia a un Estado determinado, “tu

⁴⁹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana ... *op. cit.*, p. 36

⁵⁰ Estos términos los emplea GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 271.

⁵¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 277

nacionalidad” y “mi nacionalidad”, no son la misma porque cada una de ellas está determinada en función de la persona misma, entonces la nacionalidad es única y se confiere en relación al sujeto elemento único, indivisible, e irrepetible que servirá para conformar esa individualidad al ser mismo.

1.2.3. Teorías de la personalidad de los entes colectivos.

Existen abundantes teorías que buscan la justificación de la personalidad jurídica colectiva; tenemos – *por citar algunas*–, a la *teoría de la ficción*, la *teoría realista*, antagónica de la teoría de la ficción, afirma la primera, que los entes colectivos son realidades pues sostienen que existen por sí, independientemente del reconocimiento jurídico, no son creaciones artificiales del legislador,⁵² sus seguidores sostienen que la expresión “*sujeto de derecho o persona*” no corresponde necesariamente con el de “*hombre o ser humano*”, ni tiene como destinatario únicamente al seres volitivos.

La *teoría organicista*, basada en el método de la biología, descansa en la corriente filosófica del positivismo jurídico, compara al ente colectivo con el organismo humano, son auténticos organismos. Según Claude Bernard, citado por Juan Manuel Terán señala que “organismo es todo viviente formado por partes vivientes”.⁵³ La *teoría sociologista* asevera que en cada comunidad hay un espíritu colectivo distinto al de las almas de cada uno de los miembros de esa sociedad y aceptan la coexistencia de personas físicas y personas colectivas. Al lado de éstas teorías existen –según lo refiere Rolando Tamayo y Salmorán–, las *Teorías “negativas”* de la personalidad de los entes colectivos, ya que, conforme a éstas teorías, sólo las personas físicas la tienen y consideran por tanto a estas entidades, como bienes sin dueño aunque afectados a un fin determinado.⁵⁴

En base a la exposición hecha por García Máynez, en la que se aluden las principales teorías sobre la personalidad jurídica de los entes colectivos son:

1.2.3.1. Teoría de la Ficción.

La *Teoría de la ficción* del jurista Alemán *Friedrich Karl von Savigny*. Su teoría es considerada corolario de la de su compatriota *Bernhard Windscheid*.⁵⁵ Conforme a ésta teoría, desde el plano empírico, considera Carlos Santiago Nino que sólo los seres humanos son personas, y por razones de utilidad, ficticiamente el derecho reconoce

⁵² Cfr. TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1996, p. 92 y ss.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ “Algunos autores sostienen que sólo existen personas físicas, no admiten la existencia de personas colectivas. Explican la referencia que las normas jurídicas hacen a sociedades, asociaciones, municipios, etc., señalando que, cuando se habla de personas colectivas, se trata, en realidad, de un conjunto de bienes sin dueño, bienes que están afectados a un cierto fin.” TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Persona”, *op. cit.*, p. 100

⁵⁵ La teoría de Windscheid sobre el “derecho subjetivo” que lo considera como un poder o señoría de la voluntad y por tanto, que sólo corresponde a los seres humanos ya que son los únicos seres volentes. De allí parte Savigny para crear su teoría de la Ficción.

personalidad a otros entes *no humanos*, para poder soportar derechos y deberes, y precisa que “esas entidades no existen en la realidad pero los juristas hacen como si existieran, atribuyéndoles una voluntad destinada al cumplimiento de ciertos fines jurídicos.”;⁵⁶ así tenemos que, las personas morales son entidades constituidas artificialmente, con atributos propios como *la capacidad o el patrimonio* de manera especial”.⁵⁷

La reflexión que hacen es la siguiente: Si todo ente capaz de tener derechos y obligaciones, es persona; y si los derechos únicamente corresponden a los seres que tienen albedrío o voluntad; entonces, la personalidad jurídica de los entes colectivos es el desenlace de una ficción, ya que éstos últimos no tienen voluntad;⁵⁸ empero, aunque carecen de voluntad propia, no pueden dejar de reconocerse los derechos y obligaciones que tiene, pues lo hacen por medio de sus órganos sociales que las representan.

Las principales objeciones⁵⁹ contra la teoría de la Ficción son:

1ª. Los infantes y los idiotas son sujetos de derecho y carecen de la facultad de querer o voluntad, y sin embargo tienen capacidad jurídica; por tanto, es falso sostener que la capacidad jurídica esté condicionada o delimitada por la facultad volitiva.

2ª. La voluntad o facultad para proponerse fines y realizarlos no es el alma de la personalidad, si esto fuera así, es decir, si la voluntad fuera la esencia de la personalidad jurídica, en las personas morales, los órganos que las representan deberían ser estimados como los sujetos de facultades y deberes, pues ellos son los entes volentes que las representan.

3ª. Las entidades jurídico-colectivas no son entes irreales o ficticios, sino por el contrario, son poderosas e importantes realidades sociales.

4ª. Otra crítica se refiere al hecho de que Savigny estableció que las personas morales son entes constituidos artificialmente por el parlamento, para las relaciones patrimoniales y, sin embargo, dichos entes poseen múltiples derechos extrapatrimoniales, como los honoríficos.

5ª. Si las entidades jurídico-colectivas son entes ficticios creados por la ley, ¿cómo explicar la existencia del Estado?, pues el Estado también es persona moral y

⁵⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 228

⁵⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 278

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Basado en la ideología de Ferrara, García Máñez es el autor de las objeciones Cfr. *Ibidem*, págs. 280 a 282

además creador de las demás (ficciones) personas morales. En otras palabras, ¿cómo puede una ficción ser creadora de otras ficciones?

6ª. La teoría brinda un cuadro insuficiente de las maneras de extinción de las personas morales, todo lo reduce a las decisiones del legislador, pero no propone condición ética alguna para la supresión de tales personas morales.

1.2.3.2. Teoría de los derechos sin sujeto.

La *Teoría de los derechos sin sujeto* del pandectista Alois Von Brinz. Esta teoría señala que los patrimonios se dividen en patrimonio de personas, los que corresponden al ser humano y se destinan a la satisfacción de sus necesidades; y los patrimonios impersonales, son aquellos que carecen de titular o dueño, pero que están afectos al logro de un fin específico y el derecho les brinda una protección jurídica particular. Entonces existen derechos sin sujeto, pues los derechos de estos no pertenecen a una persona, sino al propio patrimonio. En las personas jurídicas colectivas, por tanto, “no hay un sujeto, sino un conjunto de bienes destinados a un fin.”⁶⁰

Los argumentos que se esgrimen contra esta teoría son los siguientes:⁶¹

La crítica u objeción fundamental a ésta teoría resulta muy clara: no es posible que existan derechos sin sujeto al cual se atribuyan, tanto los derechos como las obligaciones siempre deben ser atribuidos a alguien, a la persona. De igual manera, una obligación necesita que haya un ente obligado, quien afronta las consecuencias del deber.

Por otra parte, la distinción entre patrimonio de personas y el patrimonio de afectación, es completamente artificial, pues también los patrimonios de personas están orientados al logro de diversas finalidades. Sería mejor diferenciar entre patrimonios que no están adscritos a un propósito concreto, sino que es diverso; y los patrimonios destinados a un especial propósito.

Para finalizar, la teoría del patrimonio de destino no consigue explicar la personalidad jurídica del Estado, ya que no puede concebirse como un patrimonio de afectación.

1.2.3.3. Teorías Realistas.

3.- *Teorías realistas.* De ellas destacan las de *Hans Kelsen y Francisco Ferrara*. Estas teorías, antagónicas a las anteriores, manifiestan que las personas morales son auténticas realidades; sostienen que las nociones de “sujeto de derecho” y de

⁶⁰ *Ibidem*, p. 282

⁶¹ *Cfr. Ibidem*, págs. 283 a 286

“hombre”, no son conceptos que tengan forzosamente correspondencia; de igual manera, con el concepto de sujeto de derecho, tampoco se alude de manera exclusiva a los seres volentes.⁶²

a) **Teoría de Hans Kelsen.** Para éste jurista austriaco, “la personalidad jurídica consiste en una *imputación centralizada de conducta humana*, vale decir que cuando el jurista se encuentra con una persona jurídica, sea individual o colectiva, hallará siempre ese conjunto de conductas objetivadas en las normas jurídicas bajo las formas del derecho y el deber jurídicos, centralmente imputadas.”⁶³ El concepto de “persona” es para Kelsen una creación del derecho, por lo tanto carecería de importancia distinguir entre las llamadas personas físicas de las personas morales, ya que tanto una como la otra serán personas en función de que son centro de imputación de derechos subjetivos y deberes jurídicos. En su *teoría general del derecho y del estado* escribe:

“hombre es un concepto de la biología y la fisiología, en una palabra de las ciencias naturales. Persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas[...] la persona física (o natural) es la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo[...] el concepto de la “persona” llamada física es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre, la persona física es en realidad una persona “jurídica”. Si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como “jurídica”.⁶⁴

De acuerdo a éste pensamiento no hay realmente diferencia entre persona física y persona jurídica, ya que ambas son construcciones del derecho y tanto una como otra componen un conjunto de normas que se imputan indistintamente a una persona o a un conjunto de personas. Su teoría sobre la personalidad de los entes colectivos, parte de la propia concepción del sujeto de derecho y del deber jurídico, para Kelsen la persona jurídica, no es otra cosa que un centro ideal de imputación de derechos y obligaciones. En su *teoría pura del derecho* señala:

“al expresar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción, y que con la expresión de que un individuo es sujeto de un poder jurídico, de

⁶² *Ibidem*, p. 287

⁶³ Refiriéndose a Kelsen. TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p.191

⁶⁴ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 111 y ss.

una facultad o de una competencia, o de quien tiene un poder jurídico, una facultad o competencia, no se dice más sino que, según el orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen o aplican normas jurídicas, o que determinados actos de ese individuos participan en la producción o aplicación de normas jurídicas[...] Cuando se dice que un individuo, como órgano de derecho, produce derecho o lo aplica, que un individuo, como sujeto de derecho, acata o viola el derecho, sólo se expresa así, en un lenguaje personalizado, la distinción funcional que aparece entre dos tipos diferentes de conducta humana determinados por el orden jurídico”⁶⁵

Como se puede advertir de lo anterior y además tomando en cuenta la interpretación que Rafael Rojina Villegas hace, cuando expone “*los conceptos jurídicos fundamentales según Kelsen*”, subraya que el sujeto de derecho para Kelsen, está indicado ya como sujeto del deber, ya sujeto de la sanción, y también como el órgano sancionador; que en la fórmula Kelseniana van desempeñando diferentes papeles como **sujeto activo**, como **sujeto pasivo**, como el **órgano que debe sancionar**.⁶⁶ En sentido parecido se refiere Recasens Siches, cuando se expresa señalando que en el pensamiento kelseniano, “*la persona para el Derecho no es una realidad, sino un concepto inmanente al mismo orden jurídico*”.⁶⁷ Así, el concepto jurídico de persona se expresa doblemente de forma consubstancializada a través **del derecho subjetivo y del deber jurídico**.

En efecto, para determinar el concepto de sujeto de derecho (persona), Kelsen parte de la noción **del derecho subjetivo** como el poder jurídico de reclamar a través de la acción el cumplimiento de la obligación jurídica;⁶⁸ pero por extensión también alude **al sujeto del deber** porque sería el centro de imputación de una obligación, y desde el ángulo del deber, también se configura la personalidad. *Si a un punto común de imputación, se le atribuyen derechos y obligaciones estaremos ante la persona*. Si ese centro de imputación es un ser humano, entonces será una persona física; si el centro de imputación es la interrelación de un grupo de seres humanos, será una persona colectiva.

Entonces, bajo la noción de Kelsen sobre los *sujetos de derecho*, a diferencia del hombre, *la persona es un conjunto de derechos y obligaciones, o sea de normas jurídicas, que constituyen una cierta unidad*, por ello, la persona ya sea física o moral, son conjuntos de normas que imputan derechos y obligaciones atribuidas ya a un

⁶⁵ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 179

⁶⁶ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Los Conceptos jurídicos Fundamentales según Hans Kelsen”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 43, pp. 735-785, IJJ-UNAM, México, 1961, p. 736.

⁶⁷ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General...* op. cit., p. 266

⁶⁸ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 178.

hombre o a un grupo de hombres y muchas ocasiones, la ciencia jurídica por utilidad técnica, *personifica* a los conjuntos normativos.⁶⁹

Fernández Sessarego señala que en la concepción Kelseniana, la noción de “la persona” se separa de la realidad de la vida y de los valores; éstos son entidades metajurídicas, pues la persona lo constituye tan sólo “un centro ideal de imputación”; esto es, situaciones jurídicas subjetivas; una multiplicidad de normas que atribuyen derechos y deberes jurídicos.⁷⁰ Frosini, resume lo anterior como un formalismo espectral o misterioso, al subrayar: *“el formalismo persigue reducir al derecho, y por tanto a la “persona jurídica”, a un mero “castillo habitado por fantasmas”*.⁷¹ Orestano, rechaza esa concepción Kelseniana, formalista, espectral y esquemática, que inútilmente intenta reemplazar con la mera formalidad, a la realidad de la vida y a los valores jurídicos y reclama el papel protagónico que le debe corresponder al ser humano en el mundo jurídico, por aquel que en el formalismo Kelseniano, se le pretende dar a la norma.⁷²

b) **Teoría de Francisco Ferrara.** Para éste autor, el vocablo persona posee tres acepciones principales: la *biológica* que es corresponde a hombre; la *filosófica* que es igual a ser racional capaz de ponerse fines y realizarlos, y la *jurídica* que equivale a sujeto de derechos y obligaciones. Para Ferrara, en esta tercera opción, *“la personalidad es un producto jurídico que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derechos.”*⁷³ Aunque se considera que todo hombre está proveído de personalidad jurídica, no siempre es así, tal es el caso de los esclavos en épocas antiguas, entonces, por obra de la ley se es persona, no por naturaleza. Para Ferrara, por tanto, la “persona jurídica” tanto la jurídica individual como la jurídica colectiva es obra del derecho objetivo.

Partiendo de la realidad misma, resulta incuestionable aceptar que las agrupaciones humanas creadas para conseguir fines concretos, ya creadas naturalmente como el Estado, o creadas por voluntad como las sociedades y asociaciones, que evidentemente son realidades susceptibles de tener derechos y obligaciones distintos a los de sus integrantes; sin embargo, no equivale a sostener que tengan una realidad independiente o autónoma, esto es, un alma colectiva diversa a las de los miembros que a ellas pertenecen. No es exacto por tanto, el paralelismo entre personas físicas y jurídicas. Las colectividades no son otra cosa que una pluralidad de seres humanos que se agrupan para lograr un fin compartido por

⁶⁹ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 228 y ss.

⁷⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Visión tridimensional de la persona jurídica”, op. cit., p. 502.

⁷¹ Vid. FROSINI, Vittorio, “Il soggetto del diritto come situazione giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, 1969, pp. 227 y ss., y “La struttura del diritto”, Bologna, 1974, en *Ibidem*, p. 503.

⁷² Vid. ORESTRANO, Riccardo, “Il problema delle persone giuridiche in diritto romano”, Torino, Giapichelli, 1968, y “Azione, diritto soggettivi, persone giuridiche”, Bologna, Il Mulino, 1978, en *Ibidem*, p. 502.

⁷³ Cfr. FERRARA, Francesco, op. cit., p. 130.

todos los asociados y que se reconstruyen periódicamente. La voluntad que trasciende en un ente colectivo es la voluntad común de sus integrantes.⁷⁴

Francisco Ferrara, concibe a las personas jurídicas colectivas como *“asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho”*.⁷⁵

Los elementos del anterior concepto son:⁷⁶

1º.- *Una asociación de hombres*. Es una agrupación más o menos numerosa de individuos que buscan un fin. En las fundaciones, su substrato consiste en la obra que deben realizar, a través de la actividad de una serie de individuos y del destino de ciertos bienes al servicio de una finalidad perseguida.

2º.- *El fin a cuyo logro se encuentra destinada*. Es lo que permite concebirlas como individualidades sociales. Los fines de las personas jurídicas colectivas deben reunir tres requisitos: *determinación, posibilidad y licitud*. Desde ese enfoque, pueden clasificarse en personas colectivas de “interés privado” y de “utilidad pública”. También sus fines pueden clasificarse en “generales” (si persiguen el bienestar común -Estado y Municipios-); y “especiales” (en todos los demás casos y están más o menos definidos). Estos fines se subdividen en fines “típicos” fijados por la ley y finalidades no establecidas por ella, que pudiéramos llamar “atípicos”.

3º.- *Reconocimiento por el Derecho objetivo*. Por ese reconocimiento, se convierten en un ser único, diverso de los individuos que las integran. El reconocimiento de las personas morales es *constitutivo*.

En relación al *reconocimiento del ente colectivo por el derecho objetivo*, Ferrara divide en tres grupos las teorías: según algunos autores como Savigny, el reconocimiento tiene *valor certificativo*, para dar seguridad en interés de terceros, sin éste requisito no existirían; otros le atribuyen una significación puramente *declarativa* como Gierke, señalan que el Estado a lo único que se concreta es a declarar su existencia su existencia, y les asegura el puesto que les estaba reservado; y, por último, otros autores como Karlowa, en una postura intermedia, dicen que el reconocimiento tiene carácter *confirmativo*, cuando el estado reconoce a una persona, sólo confirma la existencia de esa realidad anterior a la confirmación.⁷⁷

En sentido diverso a los anteriores, Ferrara sostiene que el reconocimiento de las personas morales tiene *carácter constitutivo*, el Estado crea el substrato de los entes

⁷⁴ Cfr. *Idem*

⁷⁵ *Ibidem*, p. 141

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, págs. 143 a 164

⁷⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 293

colectivos. Así las asociaciones humanas pueden nacer y vivir con independencia de aquel acto, pero serían aún sujetos de Derecho.

García Máynez⁷⁸ considera que, no es posible considerar que el reconocimiento tenga función constitutiva, toda vez que se reconoce sólo lo que ya existe; se constituye o crea lo que no existe. Ahora, si se proclama que el Poder Público es quien engendra la personalidad jurídica, el nacimiento de éstas quedan al competo arbitrio del legislador, conduciendo al resultado que el mismo Ferrara combatió: *que la voluntad humana tiene el poder de crear personas jurídicas*. El maestro Guzmán Gómez, considera: “una persona moral o colectiva es evidentemente una realidad, no en el sentido material como sucede con la persona física, en cuyo caso no existe duda alguna de su existencia, sino en función de las relaciones en las que interviene y de las cuales se generan consecuencias de Derecho. Negar la existencia real de las personas morales o, lo que es lo mismo, afirmar que se trata de una ficción jurídica, sería tanto como decir que los derechos y obligaciones que emanan de las relaciones jurídicas en las que estos entes intervienen, son, también, una simulación del Derecho.”⁷⁹

Para la Gisela Pérez Fuentes son elementos constitutivos de las personas jurídicas colectivas los siguientes:⁸⁰

- a) La pluralidad o concurrencia de varias personas físicas. Aunque también pueden ser colectivos; pero a final de cuentas, quienes los representan, son seres humanos.
- b) La razón y la voluntad colectiva generada por este grupo de personas y de cuyo conjunto surge el ente jurídico colectivo, con cualidades y una personalidad jurídica distinta de la de cada uno sus integrantes; por ello la persona jurídica tiene atributos propios, distintos a los de sus miembros que la conforman.
- c) Un fin lícito, común y determinado. Además consideramos que debe ser posible.
- d) Una actividad unitaria, distinta de la actividad de los individuos que la integran.
- e) Representación permanente. Pues las personas jurídicas, por su naturaleza constitutiva, al no tener voluntad propia, únicamente actúan a través de sus órganos; por ello es que siempre actúen por medio de ellos.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, págs. 293 y 294

⁷⁹ GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 45

⁸⁰ PÉREZ FUENTES, Gisela, “Nuevo enfoque de la Persona en el Derecho Civil”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 5, Marzo de 1992, pp. 69-78, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992, p. 72

1.2.4. Diferencia entre persona y personalidad jurídica.

Recasens Siches considera que “*tener en Derecho personalidad, significa ser sujeto de papeles previstos en la regulación jurídica*”.⁸¹ A menudo suelen confundirse los conceptos de “persona” y de “personalidad”, así, por ejemplo Eduardo García Villegas, cuando se refiere a los *atributos de la persona*, les llama *atributos de la personalidad*⁸² –esto último resulta incorrecto desde nuestra perspectiva como más adelante lo precisamos–.

La personalidad, desde su enfoque jurídico, –*considera el maestro Guzmán Gómez*–, es la calidad de ser sujeto de derecho que el ordenamiento jurídico de un lugar y tiempo determinado otorga a ciertos entes, ya sea individuales o colectivos, a quienes se les identifica con el concepto jurídico de persona. De nuestra parte, podemos referir que *la personalidad* es una cualidad de la persona, pudiéramos decir que es la capacidad en abstracto de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones; aparece pues, la personalidad como “*la proyección o reflejo de la persona, una proyección del ser en el mundo objetivo* –como lo refiere Galindo Garfias,–⁸³ *como una especie de investidura jurídica que el derecho da a las personas*”.

Sobre éste particular, el jurista mexicano Ricardo Sánchez Márquez menciona que “*la persona en el sentido técnico es el ser humano, puesto que sólo la conducta del hombre es objeto de la regulación jurídica. En cambio, la personalidad es una cualidad que el Derecho toma en cuenta para regular dicha conducta, un presupuesto normativo respecto de la persona referida al Derecho*”.⁸⁴ De igual manera lo considera Eduardo García Villegas en el sentido que la persona es el ser humano; sin embargo, al referirse a la personalidad, señala que ésta “*es la naturaleza jurídica del ser humano, como valor superior fundamental, supuesto individual dotado de capacidad jurídica y de capacidad de ejercicio según su grado de autogobierno, titular de derechos innatos, y miembro en relación a la comunidad jurídica*”.⁸⁵ De ésta última idea, podemos considerar, que a final de cuentas la personalidad es una cualidad “*del ser humano*”, –aunque preferimos utilizar el término “*de las personas*” por considerarlo más preciso.

⁸¹ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General...* op. cit., p. 270

⁸² Al respecto señala lo que sigue: “La personalidad se manifiesta a través de ciertas características peculiares que son sus atributos, entre ellos: el nombre (los vocablos de cuya adecuada combinación resulta la particularización de la persona); el domicilio (el lugar donde reside habitualmente una persona); el estado (la posición que ocupa cada persona en relación con la familia y con el Estado político); la nacionalidad (conjunto de relaciones jurídicas atribuibles a una persona, que crean una determinada situación frente al Estado al que pertenece); patrimonio (conjunto de cosas tangibles e intangibles y deudas que corresponden a una persona); y la capacidad ...” GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, op. cit., p. 6

⁸³ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, PORRÚA, México, 1987, p. 307.

⁸⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil*, op. cit., p. 169

⁸⁵ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, op. cit., p. 5

No cabe duda de que existe una relación muy estrecha entre ambos conceptos, por ello es que a menudo se confunden. La persona jurídica es *el ente* al que se le atribuyen derechos y obligaciones; la personalidad es la cualidad del ente para tener esas obligaciones y derechos, es una la proyección de la persona; por tanto si no se es persona, no puede tenerse personalidad y viceversa. El jurista español José Castán Tobeñas, utiliza los verbos “*ser*” y “*tener*” para derivar la diferencia entre persona y personalidad, mediante la correspondencia de dichos verbos a la persona y a la personalidad y señala que a menudo se confunden y emplean como sinónimos; la personalidad deviene de la persona, *es persona* el ente que tiene los derechos y obligaciones; *se tiene personalidad* en la medida que el ente es apto para ser sujeto ya activo o pasivo de relaciones jurídicas⁸⁶ como una categoría única, indivisible y **en abstracto**, ya que la aptitud en concreto es la capacidad jurídica. En éste tenor, Flores García señala: “*Persona es sinónimo de sujeto de derecho, personalidad es una categoría atribuida al sujeto de derecho*”.⁸⁷

El jurista argentino Marcos Satanowsky, también los distingue precisando que, como concepto jurídico, “**persona**” o “**sujeto de derecho**”, es la exteriorización y reconocimiento jurídico del ente; (es **el ente** ya físico o moral) como sujeto de deberes jurídicos y derechos subjetivos; *en cambio*, la personalidad es una cualidad jurídica, “*es la atribución al sujeto de derecho de la titularidad del conjunto, unificado, de situaciones y acciones humanas, convirtiendo a ese sujeto de derechos, en un centro unificado de relaciones jurídicas o de imputación normativa*.”⁸⁸ Es un conjunto unificado de relaciones de derecho porque la personalidad es indivisible.

Alberto Calvo Meijide por su parte considera a la personalidad como cualidad esencial de la persona como aptitud para ser activo o pasivo de todo tipo de relaciones jurídicas.⁸⁹ Galindo Garfias señala como características la personalidad el ser *única, indivisa y abstracta*.⁹⁰ A la vez, Martínez Pujalte, considera que

⁸⁶ CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1943, p. 135, 136 y 137.

⁸⁷ FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 247.

⁸⁸ SATANOWSKY, Marcos, *Estudios de Derecho Comercial*, Tomo I, Buenos Aires, 1950, p. 55.

⁸⁹ Cfr. CALVO MEIJIDE, Alberto, “El nasciturus como sujeto del derecho...” *op. cit.*, p. 287.

⁹⁰ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*, *op. cit.*, p. 307; En alusión a las características de los derechos de la personalidad señala Lucrecio Rebollo que “los derechos de la personalidad están encuadrados por dos tipos de límites. Uno externo y otro interno. El primero alcanza hasta donde lo hace el derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el bien común. Desde la perspectiva interna, y[...] en cada uno de los derechos de la personalidad, son *inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables e intransmisibles*.” REBOLLO DELGADO, Lucrecio, “Derechos de la personalidad y datos personales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, págs. 143-206, UNED, Madrid, 1998, p. 146.

La personalidad jurídica es una cualidad inherente al ser humano, y debe ser creación de la *norma jurídico-positiva ordinaria*; por tanto, esa cualidad debe ser reconocida a todo ser humano y por ello estima conveniente que desde la norma fundamental de los Estados, se perfile el concepto de persona, *-estimamos que también los de personalidad y capacidad jurídica-*, pues de esa definición dependería *“la extensión de la tutela de los derechos fundamentales, la cual, desde el punto de vista jurídico-positivo, se extiende a las personas en tanto en cuanto sujetos de Derecho.”*⁹¹ La personalidad jurídica al ser abstracta, es la misma para todos los sujetos de derecho, *“en todos los sujetos, trátase de personas físicas o de morales, la personalidad es la misma. No es una sola personalidad para todos los sujetos, sino más bien, la substancia, los alcances, el contenido en sí de la personalidad jurídica son idénticos en las de todos y cada uno de los sujetos”*.⁹²

1.2.5. La visión tridimensional de la persona jurídica.

Sobre el pensamiento jurídico actual de la persona jurídica tenemos la visión tridimensional de la persona jurídica de Carlos Fernández Sessarego quien basado a su vez en la *Teoría Tridimensional del Derecho* de Miguel Reale, considera que *reconocer la coexistencia de las tres dimensiones trascendentales del derecho*, posibilita el entendimiento a plenitud del derecho como una totalidad; como *“una dinámica interacción de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas*. Ninguno de estos tres objetivos constituye, por sí mismo, el derecho, aunque, al mismo tiempo, *es imposible prescindir de alguno de ellos si se pretende aprehender “lo jurídico” como un concepto unitario.”*⁹³

En su planteamiento, considera a la persona jurídica en sus dimensiones sociológico-existencial, axiológica y, formal.

a) La persona en su *dimensión Formal-normativa*. La validez formal es importante pero no única. Esta dimensión *“se reduce a un simple dato formal, al cual se llega después de un proceso de abstracción mediante el que se logra reducir a la unidad ideal a una pluralidad de personas, las que subsisten en la experiencia jurídica y que, a través de una organizada actividad en común, se proponen alcanzar determinados fines valiosos.”*⁹⁴ En ella se entiende a la persona como un centro de imputación unitario de situaciones jurídicas subjetivas, pero sin reducir a la persona exclusivamente a ello; lo contrario equivaldría a prescindir de los seres humanos por quienes existe el derecho, lo cual sería un absurdo.

b) *Dimensión sociológico-existencial de la “persona jurídica”*. Sin el hombre y sin sus relaciones sociales, no existiría el derecho; carecería de sentido hablar de él;

⁹¹ Apud. CALVO MEIJIDE, Alberto, *op. cit.*, p. 290

⁹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 130

⁹³ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Visión tridimensional de la persona jurídica”, *op. cit.*, p. 504

⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 505 y ss.

sin las interrelaciones sociales tampoco tendría existencia la persona jurídica bajo ninguna de sus especies, sería inútil hablar de ella; bajo ésta dimensión considera Carlos Fernández Sessarego que *“la **“persona jurídica”** requiere primariamente, como cualquier otra institución, de un sustrato humano, el que está compuesto por las personas que la constituyen e integran. Sin la presencia actuante de estos seres humanos es imposible imaginarla o concebirla.”*⁹⁵ Ser hombre es co-ser, ser con otros. El hombre es por esencia un ser gregario; la creación de la persona surge por esa necesidad de interacción de los seres humanos para con otros; de lo contrario, sobraría hablar de las personas jurídicas.

c) ***Dimensión axiológica de la “persona jurídica”.*** *“El grupo humano, que constituye primariamente la “persona jurídica”, actúa organizadamente para lograr un fin o un conjunto de fines valiosos. Es este fin valioso, vivenciado por cada uno de sus componentes, el que aglutina a la comunidad de personas y otorga un sentido a su específica actividad.”*⁹⁶ La dimensión valorativa de la persona tiene *un aspecto o dirección individual*, por el que se concibe a la persona como un ser capaz de proponerse o trazarse fines particulares y poder realizarlos; pero también tiene otro *aspecto o dirección social*, para poder agruparse de manera organizada con otros y realizar fines toda vía más altos como son el bien común.

Más allá de la teoría pura del derecho en la que se persigue el estudio del sujeto de derecho desde la perspectiva meramente jurídico-normativa, excluyéndola de la filosofía, sociología, antropología y demás ciencias sociales, aunque, si bien es cierto que *la dimensión formal normativa* coincide con la visión de la teoría pura del derecho en el sentido de que será persona aquel ente a quien la norma le atribuya derechos, por lo que dicha calidad de persona dependerá de la imputación que las normas jurídicas generales hagan en relación a determinados entes; el enfoque tridimensional va más allá de esto, pues, bajo las *dimensiones sociológico existencial y axiológica de la persona*, todo ser humano tiene aspiración a ser persona y necesariamente tendría que ser reconocido como tal. En éste orden de cosas, es encomiable esta visión tridimensional, pues desde nuestro punto de vista, si la tridimensionalidad implica que el derecho sea definido como una integración de hechos según valores, donde concurren con el derecho en su acepción de derecho positivo y vigente, la filosofía jurídica en cuanto al estudio de los valores jurídicos, y la sociología jurídica en cuanto al estudio de la realidad colectiva, de los hechos y su eficacia para atender de la mejor manera el contexto de la sociedad; por ello estimamos que ésta visión tridimensional de la persona, lo mismo que la teoría tridimensional del derecho, persiguen la convergencia de las corrientes iusfilosóficas del positivismo, naturalismo y realismo jurídico.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 507

⁹⁶ *Ibidem*, p. 508

1.3. Noción de la capacidad jurídica.

El vocablo “capacidad”, proviene “(del latín “*capacitas*”, aptitud o suficiencia para alguna cosa.) 1. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.”⁹⁷ De lo que se deriva la capacidad jurídica o de goce, y la capacidad de obrar o de ejercicio, como comprensiones estática y dinámica de la capacidad de manera respectiva, en efecto Sánchez de la Torre subraya: “Todos vienen a diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, lo que abre la posibilidad de abordar el concepto desde dos puntos de vista; uno estático y otro dinámico.”⁹⁸

La capacidad jurídica tiene sus antecedentes en los tres status romanos que servían para determinar la calidad de los sujetos de derecho, los status a saber son: *libertatis, civitatis y familiae*. Sabemos que en Roma, para ser persona, bastaba con tener el primero de ellos, de modo tal que el status *libertatis* era el pasaporte a la personalidad, esto es, era la condición para ser sujeto de derechos; por tanto quien sólo tenía el status referido era persona jurídica con una capacidad mínima; luego seguía el status *civitatis* que presuponía al *libertatis*, esto es, si no se tiene la libertad, no se puede ser ciudadano, de lo que deriva que el ciudadano tenía una capacidad mayor que el simplemente libre, por ejemplo la capacidad de los peregrinos aunque libres, era menor que la de los ciudadanos romanos, ya que éstos últimos además de libres podían participar también en los comicios; por último quien tenía el estatus *familiae*, tenía una capacidad completa, pues además de todos los anteriores privilegios, podía ejercer la potestas sobre los integrantes de su familia; en sentido contrario, cuando un sujeto sufría la *capitis deminutio* perdía la capacidad, la máxima se daba si se perdía la libertad, se pierde toda la capacidad; la media si se perdía la ciudadanía quedaba con la capacidad mínima pues seguía siendo persona; la mínima se daba al perder el estatus *familiae*, ya que conservaba la libertad y la ciudadanía.

En éste sentido Roberto de Ruggiero precisa que en el Derecho romano, la doctrina sobre de la capacidad se manejaba en torno al triple “status” de que la persona gozaba; los estatus *libertatis, civitatis y el familiae*, de los que el st. *libertatis y el st. civitatis*, establecían situaciones básicas de la capacidad jurídica (se tenían más o menos derechos según se tuvieran tales o cuales estatus); y el último permitía distinguir dentro de la familia de personas *sui iuris y personas alieni iuris*,

⁹⁷ GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “Capacidad”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, C-Ch, p. 38

⁹⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *La capacidad jurídica: fundamentos de conocimiento jurídico*, Ángel Sánchez de la Torre (Editor) Dykinson, Madrid, 2005, p. 73

determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en el ámbito del *ius privatum*.⁹⁹

Jorge Joaquín Llambías, califica a la capacidad como el atributo más típico que define a la persona y constituye la naturaleza y sustancia inherente de la personalidad.¹⁰⁰ La capacidad es sin duda, el atributo primordial de las personas; inclusive Jorge Mario Magallón la considera como “*el atributo esencial de la personalidad*.”¹⁰¹

La capacidad jurídica en sentido amplio, se ha definido como la idoneidad o aptitud que tiene la persona para ser titular de facultades o derechos y de obligaciones o deberes, así como para que en su caso, si la persona está habilitada jurídicamente, pueda hacer valer por sí esos derechos que tiene, o cumplir por sí las obligaciones que le sean atribuibles. Javier Tapia la define como “*la aptitud de la persona para adquirir derechos y asumir obligaciones; así como la posibilidad de que la misma pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma*.”¹⁰²

Del anterior concepto se desprende que la capacidad puede verse como una aptitud, o como una habilitación. La aptitud consiste en la idoneidad de la persona para tener derechos y obligaciones que es lo que se denomina como capacidad de derecho; la habilitación para actuar por su propio derecho, haciendo valer o cumpliendo “por sí” esos derechos y obligaciones que le son atribuibles, es lo que se denomina capacidad de obrar. Entonces, la capacidad es de dos tipos, la capacidad jurídica (de goce) y la capacidad de obrar (de ejercicio).¹⁰³ En concordancia con lo que aquí se expresa, Ruggiero refiere que la “capacidad de goce” o “capacidad jurídica”, es “*la idoneidad para ser sujeto de derechos* y corresponde, en general, a todo hombre, aunque *puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos*”.¹⁰⁴

⁹⁹ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 338.

¹⁰⁰ LIAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960, p. 392

¹⁰¹ Cfr. “Si al relatar [...] un concepto genérico sobre la persona, aseverábamos que es el sujeto “capaz” de derecho y obligaciones, luego entonces, la estamos identificando como una equivalencia y como un sinónimo por medio de la expresión que le da no sólo mayor jerarquía, sino que además, le resulta más íntima y de mayor consecuencia, ya que no resulta extraño el que se confunda la idea autónoma de la persona con la manifestación de su capacidad. Inclusive, hay en ello una redundancia, ya que al preguntarse ¿quién es la persona? Se responde: al sujeto capaz de derechos y obligaciones; como consecuencia, la interrogación continúa y ¿quién es el sujeto capaz de derechos y obligaciones?, la respuesta es: la persona”. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Atributos de la Personalidad, PORRÚA, México, 1987, p. 30.

¹⁰² Cfr. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, MCGRAW-HILL, México, 2002, p. 319.

¹⁰³ Cfr. La doctrina —expresa Rafael de Pina— “admite que ésta capacidad presenta dos manifestaciones, que son la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos; PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano, Volumen I*, Introducción, personas, familia, México, PORRÚA, 1989, p. 208.

¹⁰⁴ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 339.

Sobre la terminología empleada para calificar a la capacidad, resulta importante determinar que, a lo que la doctrina dominante en México, comúnmente denominamos con la expresión “*capacidad de goce*”, en la doctrina extranjera es conocida también con las expresiones de “*titularidad*”, “*capacidad de derecho*” o “*capacidad jurídica*”; a lo que designamos con la expresión “capacidad de ejercicio”, también se le identifica con las voces de “*capacidad de hecho*” o “*capacidad de obrar*”.¹⁰⁵

Por nuestra parte, consideramos a la capacidad como atributo por antonomasia de la persona y que se traduce en *la aptitud o idoneidad del sujeto* para ser titular de obligaciones y derechos, entendiendo como “aptitud”, la concreción de *lo que puede jurídicamente, lo que se le permite jurídicamente*; de ahí sea apto para tal o cual conducta, y entonces tenemos que, *cuando la norma jurídica considera apta a la persona para tener tal o cual conducta, decimos que tiene capacidad jurídica*; en caso opuesto, la persona es *incapaz* para ello.

En alusión a la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, entendida para Ruggiero como “*la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla –la de goce–, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta –la de ejercicio– exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen[...] por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal[...]*”¹⁰⁶ La capacidad de derecho es simplemente tener derechos; la de obrar hacer valer, pues se traduce en la posibilidad del sujeto para poder exigir por sí sus derechos y poder cumplir por sí sus obligaciones.

1.4. El binomio personalidad-capacidad.

Si la persona es el centro de imputación de obligaciones o deberes jurídicos y de derechos subjetivos; entonces, cualquier ente a quien el derecho le atribuya derechos y obligaciones, por fuerza y necesariamente tiene que ser persona.

Ahora bien, si la capacidad, primaria y esencialmente es tenida como la aptitud o idoneidad para tener derechos y obligaciones, entonces, todo ente que sea considerado persona por el ordenamiento jurídico, para serlo, necesariamente tiene que tener capacidad jurídica *-aunque sea muy exigua-*; de lo contrario no se podría sostener el concepto de persona.

Por otro lado, si la personalidad es la proyección de la persona que constituye ese reflejo inseparable de la misma, viéndolo de manera inversa, no es posible lograr la capacidad jurídica sin ser persona jurídica. En este orden de cosas, todo sujeto de derechos forzosa y necesariamente es capaz, ya que la negación de personalidad

¹⁰⁵ Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, op. cit., p.392.

¹⁰⁶ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, op. cit., p. 339.

implicaría la negación de la capacidad; la capacidad jurídica se sitúa entonces, como el atributo por antonomasia de las personas. En éste rumbo Abelardo Torr  expone que: *“La persona es el sujeto del derecho en sí mismo (sustantivo); la capacidad, es su aptitud jurídica (atributo). Se trata pues de cosas distintas que no deben confundirse, pero que se presuponen recíprocamente;”*¹⁰⁷

En virtud de las anteriores consideraciones, se sostiene que la *personalidad y la capacidad* conforman un *binomio indisoluble*, habida cuenta de que no es posible concebir a la *capacidad jurídica* si no se tiene *personalidad*, y a su vez, no se podría tener la personalidad jurídica, si no se es *persona*.¹⁰⁸ En efecto, la capacidad no se puede separar de la personalidad, la capacidad se origina y se acaba con la persona.

1.5. Distinción entre capacidad y personalidad jurídica.

Aunque forman un binomio, la capacidad y la personalidad no son lo mismo, al respecto, Montero Duhalt expresa: “Si bien la capacidad presupone la personalidad y ésta, a su vez, tiene como característica esencial a la capacidad, no por ello deben ser confundidas una y otra.”¹⁰⁹

Eduardo García Villegas, hace precisiones que nos parecen importantes para la distinción conceptual de referencia y señala que “El concepto técnico que sirve de nexo entre personalidad y capacidad es el de subjetividad, pues la persona tiene capacidad por su carácter intrínseco de sujeto jurídico, de forma que podría expresarse la relación diciendo que la personalidad es el *quid* y la capacidad es el *quantum* de la subjetividad jurídica; aquella pertenece al mundo de las esencias y cualidades, ésta al de las dimensiones, cantidades y medidas, de manera que no pueden tratarse como categorías homologables, ni siquiera a nivel terminológico y que, de hacerlo, se incurriría en un vicio conceptual.”¹¹⁰ De lo que colegimos que no podemos separarlas, pero sí debemos diferenciarlas, la personalidad como proyección o reflejo de la persona obedece al *quid –quien tiene los derechos–*; y la capacidad al *quantum –cuanto–*, de manera más precisa, *los derechos que se tienen*.

Con frecuencia suelen ser confundidos los conceptos de “la capacidad jurídica” con el de “la personalidad jurídica”, habida cuenta de su relación tan estrecha que tienen. Así, por ejemplo, Manuel Albadalejo señala: *“La capacidad jurídica que nuestro derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y*

¹⁰⁷ TORR , Abelardo, *op. cit.*, 191

¹⁰⁸ “La noción de capacidad se encuentra, así, inseparablemente vinculada con la noción de persona jurídica. Del concepto de persona, ciertamente se sigue el de personalidad. Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. op. cit.*, p. 94

¹⁰⁹ MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 63-64, Sección Doctrina*, pp.827-845, IIJ-UNAM, México, 1966, p. 828

¹¹⁰ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad, op. cit.*, p. 24.

*uniforme para todos;*¹¹¹ para nosotros, resulta incorrecto afirmar que la capacidad jurídica sea *abstracta y uniforme* para todos; sin embargo la personalidad sí sería abstracta.

También entre quienes se encuentran desorientados con dichos conceptos es el jurista chileno Antonio Vodanovic; a tal efecto señala lo siguiente: “La personalidad no es sino la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, o sea, estar dotado de capacidad de goce.”,¹¹² Rafael de Pina¹¹³ e Ignacio Galindo Garfias son otros de ellos, véanse respectivamente las notas a pie de página; José Castán Tobeñas también así los considera y alude que: “capacidad es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas”¹¹⁴ Igualmente Rolando Tamayo Salmorán las confunde pues señala: “el concepto de personalidad (como el de capacidad), es propio de la dogmática moderna y funciona como sinónimo de ‘capacidad jurídica’.”¹¹⁵ Otro ejemplo más sería el caso del jurista argentino Carlos Alberto Espinoza que sostiene que jurídicamente hablando, capacidad jurídica y persona son una sola y misma cosa.¹¹⁶

Por el contrario, Fernando Flores García e Ignacio Galindo Garfias, consideran que no son lo mismo; el primero considera que no es correcto asimilar dichos términos aún a pesar del paralelismo y su función analógica, son realidades distintas.¹¹⁷ Ignacio Galindo Garfias proporciona elementos de distinción muy precisos, la capacidad, según el autor de referencia es “*múltiple, diversificada y concreta*”;¹¹⁸ en cambio, como ya se señaló previamente, la personalidad es *única, indivisible y abstracta*. Entonces, “no se puede tener más o menos personalidad jurídica comparativamente con otras personas; no se puede, por lo mismo, ser más o menos persona; se tiene personalidad jurídica y así se es persona y es suficiente con que el orden jurídico reconozca este carácter para que se tenga personalidad sin limitación alguna; no hay personalidad graduable.”¹¹⁹

¹¹¹ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, op. cit., p. 230

¹¹² VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, Partes Preliminar y General, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 222

¹¹³ El jurista mexicano Rafael de Pina señala que la “Personalidad es la Idoneidad para ser sujeto de Derechos y obligaciones. Capacidad para estar en Juicio.” PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 383. Lo reitera en su obra de Derecho Civil señalando: “considérese, pues, la personalidad como capacidad jurídica”. Cfr. PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano*, Volumen I, op. cit., p. 208. En el mismo sentido, Ignacio Galindo Garfias, confunde personalidad con capacidad, cuando nos habla del principio y fin de la personalidad individual. Véase, GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. op. cit., p. 311.

¹¹⁴ CASTAN TOBEÑAS, José, op. cit., p. 135, 136 y 137.

¹¹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, op. cit., p. 94

¹¹⁶ Cfr. ESPINOZA, Carlos Alberto, “En torno a la capacidad comercial de las personas individuales”, *Boletín de la Facultad de Derecho y las Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, año XVIII, núms. 1, 2. Enero-junio de 1954, p. 116.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 252

¹¹⁸ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. op. cit., p.307.

¹¹⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, op. cit., p. 130

La capacidad, por su parte, puede variar de persona en persona, puede estar limitada en función de ciertas condiciones naturales o jurídicas, como la edad, la salud mental o la carencia de ésta, la nacionalidad con respecto a la adquisición de ciertos bienes; en el mismo sentido, la jurista mexicana Sara Montero Duhalt refiere que *“la personalidad es una categoría del derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad (la persona). La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho[...]*” La capacidad, en cambio, es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples – *públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin*– y en un buen número de ocasiones excluyentes unos de otros.”¹²⁰ Por su parte, distinguiendo también entre personalidad y capacidad, García Villegas considera que “El concepto técnico que sirve de nexo entre personalidad y capacidad es el de subjetividad, pues la persona tiene capacidad por su carácter intrínseco de sujeto jurídico, de forma que podría expresarse la relación diciendo que la personalidad es el *quid* y la capacidad el *quantum* de la subjetividad jurídica; aquella pertenece al mundo de las esencias y cualidades, ésta al de las dimensiones, cantidades y medidas, de manera que no pueden tratarse como categorías homologables, ni siquiera a nivel terminológico y que, de hacerlo, se incurriría en un vicio conceptual.”¹²¹

1.6. La capacidad jurídica en el neo-constitucionalismo como nuevo paradigma.

¿Cuál es la correspondencia entre el neoconstitucionalismo y la capacidad jurídica? Para poder dar una respuesta es preciso primero conocer *qué es el neoconstitucionalismo* y en función de lo que vaya derivando como características distintivas de éste, ir situando a la capacidad jurídica y determinando sus alcances conforme a éste nuevo paradigma.

El origen del término constitución se remonta al siglo XVIII.¹²² El término moderno de constitucionalismo también se remonta a dicha época;¹²³ el contemporáneo de constitucionalismo hasta la segunda mitad del siglo XX. Sartori

¹²⁰ ” MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *op. cit.*, 1966, p. 828

¹²¹ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 24

¹²² “la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII.” ARAGÓN REYES, Manuel, *Neoconstitucionalismo y garantismo*, p. 3 Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.do> recuperado el 15 de marzo de 2015.

¹²³ “el concepto de constitucionalismo, fue acuñado en el siglo XVIII, y obtuvo nuestra aceptación general como significado del concepto después de la experiencia estadounidense en la elaboración de su Constitución.” SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 221

expone: “No Tiene caso, en mi opinión, remontar el constitucionalismo a los griegos y romanos. El término griego para lo que llamamos constitucionalismo era politeia (que asimismo se traduce como “república”), y el latín constitutio nada tiene que ver con lo que llamamos Constitución (Sartori, 1962). Hasta mediados del siglo XVII, durante el protectorado de Cromwell, aún no había aparecido el concepto de Constitución. La época de Cromwell fue la época en que los ingleses se dedicaron especialmente a lo que nosotros consideramos el bosquejo de constituciones. No obstante, a los documentos de ese tiempo se les llamó de varias maneras, pactos, instrumentos, acuerdos y leyes fundamentales, pero nunca “Constitución”.”¹²⁴

El neoconstitucionalismo esencialmente tiene las siguientes variantes: es un modelo de crítica a anteriores modelos, sobre todo al iuspositivismo; atiende a la relación entre democracia y derecho; y, atiende problemáticas o escenarios planteados por la globalización, como el multiculturalismo y los derechos de las minorías.¹²⁵ Entre los aspectos favorables de la globalización en relación al nuevo constitucionalismo, Mújica Petit destaca que posee “potencialidades liberadoras, emancipadores, transformadoras o democratizantes, en la medida en que está trayendo consigo una universalidad de paradigmas que abogan por *el respeto de la Democracia y el Estado de Derecho; la vigencia de todos los derechos humanos para todos, la equidad de género o la preservación de un medio ambiente sano y protegido para ésta y las futuras generaciones.*”¹²⁶

Es de precisar que no hay una definición clara de neoconstitucionalismo, nos referimos a distintos neoconstitucionalismo(s), así lo considera Miguel Carbonell y de ello parte cuando presenta la obra *Neoconstitucionalismo(s)*, donde expone el pensamiento de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Riccardo Guastinni, Susana Pozzolo, Prieto Sanchís y otros más. De ellos, Luigi Ferrajoli quien sugiere posibles vías de solución del Estado Constitucional, Robert Alexy quien nos ilustra sobre la forma en que la jurisdicción constitucional alemana opera con ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales; Riccardo Guastini describe las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento. Como juristas que tratan aspectos particulares del neoconstitucionalismo tenemos a Luis Prieto

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ “El Estado Democrático de Derecho. Este modelo ha originado diversas variantes, pero en esencia giran en torno a lo siguiente: 1) crítica a los modelos anteriores; 2) atención a la relación que surge entre democracia y derecho, y 3) atiende las necesidades de la globalización, la multiculturalidad y los derechos sociales.” ROSALES, Carlos M., “La función del Derecho Administrativo en el Estado Democrático de Derecho”, *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 95- 108, México, 2008, p. 100

¹²⁶ J. MÚJICA PETIT, “Globalización de la economía mundial, multinacionales, derechos humanos y responsabilidad social del empresariado”, *Códigos de conducta y normas sobre responsabilidad social empresarial: un desafío para la competitividad en la economía global*, DEDAL, Lima, 1999, p. 8, citado por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 639-666, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 640.

Sanchís que nos habla de la ponderación judicial; Juan José Moreso que trata el tema de los conflictos entre principios constitucionales; y Susanna Pozzolo a cerca de la relación entre derecho y moral. Otros han hecho metateorías como Paolo Comanducci que analiza los tipos de neoconstitucionalismo¹²⁷

De igual manera, en cuanto a su denominación es de precisar que hay quienes simplemente lo denominan constitucionalismo a secas,¹²⁸ otros como neoconstitucionalismo como Rafael Aguilera Portales, por ejemplo, o constitucionalismo contemporáneo como Miguel Carbonell, aunque lo usa indistintamente junto con la expresión neoconstitucionalismo. Giovanni Sartori refiere que el Significado de contemporáneo de *constitucionalismo*, en oposición al de constitución; el primero alude al “ordenamiento protector de la libertad de los ciudadanos”¹²⁹ y el último a “cualquier forma que un Estado se otorga”.

Debemos considerar que los derechos que el día de hoy poseen los pueblos ante la autoridad estatal, no han sido reconocidos de manera espontánea por el Estado mismo, más bien, han surgido y en su momento histórico se han reconocido a través de exigencias del pueblo; requerimientos que no en pocos casos han ido aparejados del derramamiento de sangre; en fin, han sido el resultado de una lucha ya ideológica en el mejor de los casos, o cruenta en el peor de ellos; por todo ello, podemos afirmar que el constitucionalismo histórico ha ido acompañado por una serie de conquista de derechos.¹³⁰

En cuanto a la relación que podemos derivar entre la *capacidad jurídica* con el *neoconstitucionalismo*, debemos considerar que si uno de los aspectos del Estado Constitucional de Derecho parte de una visión más amplia de la constitución, de una argumentación e interpretación que no sea meramente exegética, sino que, como ésta corriente filosófica lo sugiere, va más allá de la letra, busca la interpretación del derecho en base a principios y valores; entonces, en dicha relación, la *capacidad*

¹²⁷ CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 10

¹²⁸ Tal es el caso de Luis Prieto Sanchís, *Vid*, PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5, Derecho y Proceso, Madrid, 2001, p. 201.

¹²⁹ “... “Constitución” “significado cósmico y formal” refiriéndose a “cualquier forma que un Estado se otorga”, “constitucionalismo “significado específico y sustantivo” de “ordenamiento protector de la libertad de los ciudadanos”.” SARTORI, Giovanni, *Elementi di teoría política, Elementos de Teoría Política*, Versión Española de María Luz Morán, Madrid, Alianza, 2000, p. 19.

¹³⁰ “La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas ecologistas y pacifistas.” FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los Derechos Fundamentales”, (Trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, p. 116

jurídica juega un papel importantísimo, pues los principios y valores no se derivan necesariamente del enunciado gramatical, del texto constitucional, sino que, esos principios y valores que encierra la norma deben ser encontrados en base a nuevos métodos de interpretación jurídica; interpretación que por lo general tiende a ser extensiva, a partir de la dignidad de la persona, los principios de igualdad, libertad, seguridad jurídica; entonces, *con el neoconstitucionalismo se están reconociendo y se reconocerán nuevos derechos o categorías de derechos, lo que se traduce necesariamente en la amplificación o el acrecentamiento de la capacidad jurídica de las personas*, ya que al irse descubriendo nuevos derechos fundamentales mediante el reconocimiento expreso en normas jurídicas o derivados de la interpretación, el sujeto será idóneo o apto para tener más derechos, por ello es que su capacidad se amplía.

Expresa Dieter Grimm que en Alemania, hasta antes de la Ley Fundamental alemana, se dio sólo la interpretación positiva de la constitución.¹³¹ Para el positivismo legal y la jurisprudencia analítica, la constitución constituyó únicamente un sistema hermético de preceptos, prohibiciones y órdenes.¹³² En los últimos tiempos, sobre todo en Europa se ha advertido la ineficacia del iuspositivismo,¹³³ ya que no ha tenido la capacidad de respuesta ante los requerimientos del mundo contemporáneo y actual; el fenómeno de la globalización, las uniones de estados que se han propiciado en Europa, el multiculturalismo entre otros; que inclusive, rompen con los esquemas tradicionales que el iuspositivismo jurídico formalista ha trazado.

Antonio-Enrique Pérez Luño, refiriéndose al neoconstitucionalismo señala: *“Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del iuspositivismo kelseniano. Impone sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad*

¹³¹ “Bajo la Constitución de Weimar se mantuvo la interpretación positivista o formalista de la Constitución” GRIMM, Dieter, “Identidad y Transformación: La Ley Fundamental en 1949 y hoy”, traducción de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ., *Teoría y Realidad Constitucional*, No 25, pp. 263-277, UNED, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 272

¹³² “El positivismo legal y la jurisprudencia analítica han traído consigo –especialmente en Europa y en América Latina– generaciones de abogados constitucionalistas cuya única preocupación y capacitación se concentraba en la consistencia deductiva de un universo legal. Para ellos una Constitución es sólo un sistema bien conectado de preceptos, de órdenes y prohibiciones, y cualquier otra consideración es extrajurídica, una preocupación inútil... la organización del Estado requiere, más que cualquier otra organización, seguir el rumbo de una estructura de recompensas y castigos, de “buenos” alicientes y “terribles” castigos.” SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, op. cit., p. 218.

¹³³ La unidad, plenitud y coherencia del orden jurídico propuesta por el positivismo jurídico formalista como ingredientes básicos de los sistemas jurídicos, que respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento (*Grundnorm*), ante los cambios sociales que se han dado a partir de Europa, no ha sido capaz de hacerse cargo y explicar de manera adecuada esa metamorfosis. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 421-442, IJ-UNAM, México, 2008, p. 437 y ss.

del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda.”¹³⁴ Esto es así, ya que la Grundnorm de Kelsen, no podría dar respuesta al esquema jurídico de la Unión Europea, por ejemplo. Lo anterior, hace patente y necesario, el que también se vaya conformando una *nueva teoría general del derecho* alejada del positivismo teórico como lo sugiere Luis Prieto Sanchís, a quien con posterioridad referiremos.

El nuevo paradigma jurídico al que nos referimos es “*el neoconstitucionalismo*”; –que ha sido identificado como un positivismo incluyente o blando,¹³⁵ postpositivismo, como lo califica Calsamiglia,¹³⁶ y otros lo califican más apegado al iusnaturalismo o moralista entre ellos está Susana Pozzolo como más adelante lo referiremos–; emerge y se sustenta en los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional. A partir de la Segunda Guerra Mundial se esbozan las características del constitucionalismo contemporáneo,¹³⁷ y también su constante evolución en muchos sentidos. Su esencia radica en lograr la real eficacia de la constitución. Todo lo demás deviene en vano, si no se logra lo anterior.¹³⁸ En el caso del derecho mexicano señala Arturo Zaldívar: “tenemos una paradoja curiosa, nunca se ha negado a la Constitución su carácter normativo, como sucedió en Europa, por lo menos hasta el primer cuarto del siglo pasado. Sin embargo, a pesar de que teóricamente la Constitución siempre se ha considerado una norma jurídica, durante gran parte de nuestra historia no hemos asumido las consecuencias de que la Constitución sea Norma Jurídica. Teníamos una especie de simulación constitucional.”¹³⁹ En efecto, en el discurso jurídico, siempre se ha sostenido la supremacía constitucional, empero, la realidad ha sido otra; no se ha tenido en verdad esa omnipresencia de la norma fundamental, que con el el neo

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, UNED *Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp. 495-511, Madrid, 2007, p. 510 y ss.

¹³⁵ “Un caso emparentado con este positivismo incluyente o blando es el del neoconstitucionalismo, al modo como lo interpreta L. Ferrajoli (filósofo del Derecho y penalista garantista italiano, discípulo de Bobbio), constituyendo un nuevo paradigma que viene a reemplazar al paradigma positivista clásico que él denomina paleopositivismo el cual se basaba en el principio de la legalidad formal.” HERRERA, Daniel Alejandro, “Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2, Diciembre 2010, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2010, p. 358

¹³⁶ Vid. CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *DOXA*, 21-I, 1998, pp. 209-220, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 218

¹³⁷ “El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, Son ejemplo de este tipo de Constituciones, los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.” CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 9

¹³⁸ “El verdadero problema es la aplicación judicial de la constitución, de él depende la eficacia de la constitución.” ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “garantismo”, y aplicación judicial de la constitución”, pp. 3-25, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm, 19, julio – diciembre 2013, IIJ-UNAM, México 2013, p. 4.

¹³⁹ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “Pasado, presente y futuro del juicio de amparo Reflexiones sobre la crisis de la protección de los derechos fundamentales en México, a doce años de la reestructuración en la Suprema Corte”, *Justicia Constitucional en México*, pp. 157 – 170, Junio de 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, p. 163.

constitucionalismo se pretende; por ello, el neoconstitucionalismo busca la interpretación del derecho en base a principios y valores más que a las reglas, se busca una visión más amplia de la constitución en base de principios y valores, no solamente de reglas;¹⁴⁰ siendo más precisos, subraya, más bien la necesidad de “*pasar de un modelo interpretativo que considere a la Constitución como un conjunto de reglas, a otro que la conciba como un conjunto de principios*”.¹⁴¹ Dieter Grimm, destaca como rasgos del neoconstitucionalismo, a la interpretación de la Constitución: determinada por valores *y referida a la realidad y la obtención de su efectividad a través de la jurisprudencia interpretativa del texto constitucional*;¹⁴² de igual manera, como el neoconstitucionalismo lo es gracias a la concepción de los derechos fundamentales; también, el constitucionalismo y el garantismo se implican recíprocamente.¹⁴³

El nuevo modelo de estado constitucional propone pasar de la *unidad* al pluralismo; de la *plenitud* a la apertura jurisdiccional, y; de la *coherencia* a la argumentación racional.¹⁴⁴ El pluralismo como una de sus características referidas, según Häberle, “*el pluralismo implica básicamente la «apertura» del sistema constitucional: «sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes – sobre todo a nivel de derechos fundamentales –, y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos*”.”¹⁴⁵ Sobre éste pluralismo, Antonio-Enrique Pérez Luño alude que, uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas de derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático, ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario al de su significado pluralista;¹⁴⁶ y también se desarrolla una correlación en el sentido de que a más apertura constitucional de los pluralismos, más participación en los procesos y

¹⁴⁰ “En la actualidad, el mundo jurídico sufre una fuerte revolución o cambio de paradigma científico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo jurídico. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma [...] interpreta el Derecho no sólo como un conjunto de normas jurídicas, sino como una combinación armónica de principios, valores, reglas”. AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Política y Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 93.

¹⁴¹ PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl, “Readaptación social y neoconstitucionalismo”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 133-156, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 133

¹⁴² “Dos rasgos de este método destacan especialmente, de un lado la orientación a valores, de otro la referencia a la realidad. ... Que la Ley Fundamental de 2009 ya no sea la de 1949, en definitiva, no sólo depende de las reformas expresas de la Constitución, sino también de la interpretación del texto constitucional.” GRIMM, Dieter, “Identidad y Transformación: La Ley Fundamental en 1949 y hoy”, *op. cit.*, págs. 271 y 272

¹⁴³ “Si el “*garantismo*” se toma en su acepción más genuina, como proceso o movimiento, que fomenta las garantías jurídicas sin las cuales, como ya se ha dicho, no cabe hablar, en rigor, de Constitución, su unión con el término “*constitucionalismo*” es algo tan natural que incluso podría estimarse redundante.” ARAGÓN REYES, Manuel, *Neoconstitucionalismo y garantismo*, p. 13 <http://www.tribunalconstitucional.gob.do> recuperado el 15 de marzo de 2015

¹⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 426 y ss.

¹⁴⁵ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 103.

¹⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, *op. cit.*, p. 499

cooperación responsable en el ejercicio de derechos fundamentales, así lo refiere Angelo Schillaci al considerar que *“cuanto más se favorece la apertura de la Constitución al pluralismo social, cuanto más acoge la Constitución al pluralismo, orientándose las dinámicas a través del establecimiento de condiciones y estructuras idóneas al favorecimiento del conflicto absorbiendo las tensiones más marcadas, tanto más la participación en los procesos de decisión parece integrarse en un espacio público que se convierte, por vía de la Constitución, en horizonte de la liberación de la persona y de solidaria integración social y política a través de la cooperación responsable en el ejercicio de los derechos fundamentales.”*¹⁴⁷

Tocante al tránsito de la *plenitud* a la apertura jurisdiccional, se pretende esencialmente el pasar del control directo de la constitucionalidad al difuso; e incluso, antes de llegar a los *procedimientos jurisdiccionales comunes*, debe haber instituciones, mecanismos y vías que tutelan los derechos de los justiciables, quedando los primeros como el último camino *-aunque necesario para algunos casos-*, teniendo así que *-según expone Figueruelo Burrieza- “la justicia es la última garantía de los derechos de los ciudadanos y si es ineficaz erosiona los fundamentos del Estado de Derecho y supone un déficit democrático que se convierte en un lastre para el logro de una sociedad democrática avanzada”;*¹⁴⁸ por lo que accidentalmente, para algunos asuntos jurisdiccionales puramente de legalidad en oposición a los que se planteen cuestiones eminentemente de constitucionalidad, en respuesta al congestionamiento de la maquinaria judicial, la improntitud e inexpedición de la justicia, *-señalados por Francisco Gorjón Gómez-* como rasgos que nos muestran la crisis de la impartición de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales,¹⁴⁹ por lo que creemos que como respuesta a dicha problemática, se debe privilegiar y promover la apertura hacia otros mecanismos de solución de conflictos como *la mediación, conciliación o el arbitraje.*¹⁵⁰

El constitucionalismo contemporáneo concibe a la Constitución como un ente viviente, como una norma abierta, no cerrada al cambio, con apertura a modificaciones. Este paradigma se sustenta en la interpretación, la argumentación, la *-omnipresencia de la constitución-* implica que debe ser el objeto que mida todas las cosas; de igual manera los límites al poder aparecen como una de las características del neoconstitucionalismo, *“en el Estado constitucional de derecho no existen poderes*

¹⁴⁷ SCHILLACI, Angelo, “Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad”, (Traducido del italiano por AGUILAR CALAHORRO, Augusto), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 221 y ss.

¹⁴⁸ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La Ley Orgánica 6/2007 y el previsible fracaso de la reforma de la justicia constitucional española”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 493-514, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 494

¹⁴⁹ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, “Arbitraje Comercial, Paradigma del Derecho”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 116, Julio, 2001, pp. 87-94, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 2001, p. 87

¹⁵⁰ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, et al, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Oxford University Press, México, 2008, pp. XIV y 2 a 10

soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional”.¹⁵¹ Se produce también el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; y el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad -aunque también el control difuso debe ser tomado en cuenta por todo órgano jurisdiccional, para inaplicar las normas que sean contrarias a la fundamental y no sólo por quien tiene por antonomasia la tarea de controlar la constitucionalidad-;¹⁵² el desplazamiento desde la reserva de ley¹⁵³ a la reserva de la Constitución. En cuanto a la reserva de ley -aunque más bien debiera ser reserva de la constitución-, Jaime Cárdenas considera que lo que sí es básico y no debe estar sujeto a mayores discusiones “es la introducción de la reserva de ley sobre las materias de organización y atribuciones de los poderes y órganos constitucionales, garantías individuales, federalismo y derecho electoral para que el Legislativo impida que el presidente, vía reglamentos, legisle.”¹⁵⁴ Se busca también aplicar el juicio de ponderación en lugar de la subsunción; ya que la subsunción es un método que tiene raigambres exegéticos y parte de la letra de la ley; en tratándose de principios y valores, se considera que no debe ser el método subsuntivo, sino más bien la ponderación judicial, aunque se ha criticado a la ponderación por considerarla subjetiva; sin embargo, la ponderación aunque es una actividad del juzgador, no debe basarse en el arbitrio judicial, sino que tiene que ser racional y objetiva; Carlos de la Torre, en tratándose del trato desemejante en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, considera que en la ponderación habría un trato discriminatorio si no existe una justificación racional y objetiva.¹⁵⁵

Con el neoconstitucionalismo se produce el paso *de la pirámide a la bóveda* como lo refiere Pérez Luño, implica que la totalidad del sistema no se obtendrá

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *op. cit.*, p. 115.

¹⁵² “En lugar de permitir que todos los jueces inapliquen las leyes que estimen contrarias a la Constitución, con ocasión de las controversias ordinarias de las que conocen, la mayoría de los países europeos han preferido asignar el control de constitucionalidad a un tribunal especial. Europa está claramente asociada al modelo «centralizado» o «concentrado» de justicia constitucional, mientras que los Estados Unidos ejemplifican el modelo «descentralizado» o «difuso».” FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de Constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 19

¹⁵³ La reserva de ley, significa sobre todo la obligación que pesa sobre el Parlamento de regular el mismo determinadas materias mediante ley, por tanto la prohibición que puedan dichas materias ser remitidas al Ejecutivo para su regulación mediante norma reglamentaria. ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, “El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, pp. 29-57, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 49. “El poder legislativo debe legislar lo más posible, y que muchos aspectos deben ser materia de la reserva de ley, de tal manera que se limite drásticamente la labor del ejecutivo[...] aunque en un régimen presidencial, el Ejecutivo es un poder tan representativo como el Legislativo y eso le da derecho evidente a iniciar leyes y preparar proyectos legislativos, y en ocasiones legislar vía reglamentos.” CÁRDENAS GARCÍA, Jaime F., *Una Constitución para la Democracia*, IIJ-UNAM, México, 2000, p. 120

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 121

¹⁵⁵ Cfr. TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, “Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales?”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 1, pp. 449-474, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 460

conforme a la propuesta positivista que parte de la norma fundante y que encima de ella no existe ninguna superior –*Grundnorm*– y por el contrario, todas las demás deben ser fundadas en ella; ahora en el Estado Constitucional, esa totalidad del sistema según el autor en comentario “se obtiene por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas forman una parte del ordenamiento.”¹⁵⁶

Conforme lo anterior, podemos derivar que hay una relación constante entre el neoconstitucionalismo y la capacidad jurídica, ya que con el reconocimiento de más derechos en base a los criterios de ésta nueva corriente filosófica jurídica, habrá más capacidad jurídica para quienes sean titulares de tales o cuales derechos; pero también en la misma sincronía, al haber restricción de derechos, de igual manera, se acarrearán *incapacidades jurídicas*.

Aguilera Portales considera que el neoconstitucionalismo en cuanto a sus orígenes, puede ser ubicado desde dos perspectivas: “la material” y “la conceptual”. Bajo la *perspectiva material*, considera las normas y Tribunales constitucionales en los que se materializa; así, en Alemania tenemos a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y al Tribunal Federal Constitucional Alemán (1951). En Italia tenemos a la Constitución de 1947 y a la Corte Constitucional de 1956, luego en España (1976) y Portugal (1978). En la *perspectiva conceptual* a fines del anterior y a inicios del presente siglo con la *Escuela Genovesa*, los iusfilósofos Paolo Comanducci, Riccardo Guastinni, Susana Pozzolo, comenzaron con los intentos de sistematización de éste nuevo paradigma; en efecto, Rafael Enrique Aguilera Portales determina que “se atribuye el uso del término –*neoconstitucionalismo*– a Susana Pozzolo durante el desarrollo del XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho,”¹⁵⁷ en Buenos Aires en el año de 1997.

Rafael Aguilera Portales considera como padres de éste nuevo paradigma a *Peter Häberle, Klaus Stern, Böckenforde y Martín Kriele*¹⁵⁸ entre otros, y fue precisamente a raíz de los totalitarismos existentes en el mundo, tales como el nacionalsocialismo y facismo, así como de las Guerras Mundiales,¹⁵⁹ que provocaron no sólo la atentados contra la dignidad humana y violación de derechos, sino la restricción de libertades,

¹⁵⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 441

¹⁵⁷ POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, no. 21-II, Alicante, 1998, pp 339-353, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 4.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 1.

¹⁵⁹ “Con la Segunda Guerra Mundial se constató la violación sistemática de derechos humanos por el poder estatal, se hace necesaria la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los mismos, que además por ser inherentes a la dignidad del ser humano debían superar al plano meramente estatal, no se trata de una concesión que el Estado pueda otorgar o quitar, por ello el surgimiento de la internacionalización de los derechos humanos y su protección”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003, p. 5.

derechos y por ende, *de capacidades jurídicas*; así es que se justifica un camino o viraje hacia un “Estado Constitucional”, a partir de éste enfoque, ya no hablamos simplemente de un “Estado de Derecho” situación ésta que predominó en los siglos XIX y más de la mitad del XX, –y que sigue predominando en muchos países que aún no se involucran en esta dinámica jurídica– pues como advertimos, ahora, la tendencia es avanzar y consolidar el “Estado Constitucional” o bien valdría decir el Estado Constitucional de Derecho, pues como lo señala Aguilera Portales, el Estado constitucional abarca al Estado de Derecho, pero no a la inversa.¹⁶⁰ Ferrajoli expone una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional.¹⁶¹ Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas como principio de legalidad, división de poderes, seguridad jurídica. Sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado, refiere Aguilera Portales.¹⁶² En un *Estado de Derecho o Estado liberal de Derecho*, también se tiene una distinta concepción de la Constitución a la que se observa en un *Estado social y democrático de Derecho, identificado éste con el Estado Constitucional*; “la concepción de la constitución como elemento limitador del poder político es característica del Estado liberal de Derecho, mientras que el entendimiento de la Constitución, como norma reguladora de la convivencia social, de la que dimanen directamente derechos y obligaciones, es consecuencia directa del Estado social y Democrático de Derecho.”¹⁶³

De las anteriores consideraciones tenemos que, un *Estado Constitucional de Derecho* tiende a ser más garantista, a conferir una gama de derechos fundamentales más amplia que el simple *Estado de Derecho*; por lo que en éste último, las personas tienen una capacidad jurídica más limitada, pero también producen más restricciones de derechos o incapacidades que en el Estado Constitucional de Derecho, que por vocación tiende a extender los derechos.

En el Estado Constitucional de Derecho, además, la constitución se aplica directamente y tiene una eficacia en todo el orden jurídico; ya no hay supremacía legal pues anterior a ello se consideraba a la ley como la fuente suprema y las demás fuentes eran subalternas o subsidiarias. Así mismo, en virtud de los lamentables sucesos tiránicos se hace imperioso el volver a valorar los textos jurídicos fundamentales y también como parte de la solución, fue el que se crearan los

¹⁶⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael, et Al, *Neoconstitucionalismo, Democracia... op. cit.*, p.2

¹⁶¹ Vid FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 96.

¹⁶² En el mismo sentido Ferrajoli señala: “En el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional”. FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), Op. cit., p.115

¹⁶³ SARAZÁ, Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, p. 855

Tribunales Constitucionales en algunos países europeos, con la finalidad de que éstos se encargaran de la defensa de la Constitución.

El aspecto negativo de la capacidad en el neoconstitucionalismo, implica que, sólo en la constitución pueden establecerse incapacidades en relación al goce de Derechos fundamentales; así las cosas, ninguna otra norma jurídica de naturaleza diversa a la Constitución, puede señalar excepciones o restricciones a los derechos fundamentales, y para ello, se crean Tribunales que tienen el ministerio de velar por la constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico y de que los actos de las autoridades se ajusten a la norma fundamental.

También puede señalarse como característica del Estado Constitucional el desplazamiento de las categorías de supra e infralegalidad, hacia una descodificación del Derecho. También otra característica propia del *Estado constitucional* en oposición al Estado de Derecho, *el que haya una decreciente densidad normativa constitucional*, es decir, como manifiesta Werner Kagi,¹⁶⁴ en el capítulo V “El desmontaje de la Constitución jurídica” de su obra “La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado,” *una Constitución de mínimos que entiende la división de poderes como cooperación natural y no obstrucción o interferencia de unos poderes sobre otros*. En cambio, en un *Estado liberal de derecho*, opera una creciente condensación de normas, lo que se conoce también como –el desbordamiento legislativo– y se pretende de regularizar todo con absoluta precisión, delimitación y restricción de competencias, el Estado Constitucional diferencia y define funcionalmente ámbitos competenciales, pero no de forma rígida ni restrictiva con la finalidad de que exista una mayor cooperación institucional natural entre los distintos órganos del Estado.¹⁶⁵ En un Estado Liberal de derecho, se corre el gran riesgo de encontrarnos ante inconstitucionalidades, pues al existir un desbordamiento legislativo, aumentan las posibilidades de normas jurídicas generales que contradigan a constitución, y por lo mismo, existen más posibilidades de que se establezcan *incapacidades a derechos fundamentales*.

En efecto, a partir de las ideas del neoconstitucionalismo, se reitera el principio de supremacía de la constitución, tendiente a controlar la constitucionalidad tanto de leyes como de actos; se adopta el modelo del control difuso, deviene de la supremacía constitucional ante la inconstitucionalidad de leyes, -reflejada desde la sentencia pronunciada por el juez John Marshall del caso Marbury versus Madison-;¹⁶⁶ así,

¹⁶⁴ Vid. KÄGI, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005 p. 136.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel, “Marbury versus Madison: regreso a la leyenda”, *Lex. Difusión y análisis*, número 120, México, junio de 2005, pp. 66-73, México, 2005, págs. 70 y 71. **Igualmente Ferrares Comella** señala que: “*El rasgo fundamental del modelo, sin embargo, es la existencia de una estructura dualista en el interior del poder judicial. El tribunal constitucional se sitúa en su propio espacio, distinto de aquél en que se hallan los demás tribunales (los «tribunales ordinarios»).* ... si aceptamos que incumbe a los tribunales de

para los casos en que haya un desbordamiento legislativo –*característica del Estado liberal legalista*– se busca la omnipresencia constitucional¹⁶⁷ en todos los aspectos, ***no porque la constitución deba reglamentar y especificar todo***, sino más bien, las reglas se emiten a partir de los principios que deben estar contenidos en la constitución; de manera sintética podríamos decir que de la Constitución hacia arriba están los principios, debajo de la constitución aparecen las reglas, o inclusive, si en la constitución hay reglas, éstas deben ser las menos posibles.

Por último, con un enfoque neoconstitucionalista Miguel Carbonell señala algunos de los problemas en la actualidad, que se derivan en cuanto a su enseñanza, y por tanto, también del ejercicio del derecho en el que destacamos ***el sistema de fuentes, los métodos de interpretación jurídica, y la argumentación en el derecho***;¹⁶⁸ los ordenamientos jurídicos actuales se integran por una pluralidad de fuentes, no sólo la legislación; el realizar complejos procesos interpretativos; y la argumentación, el construir estructuras argumentativas válidas para sustentar posturas. Dentro del tradicional sistema de fuentes, la jurisprudencia constitucional tiene un valor inconmensurable, está por encima de la ley, “*en los sistemas jurídicos de corte romanista, la ley parece ocupar, en este sentido, una posición privilegiada*”;¹⁶⁹ en el neoconstitucionalismo, el legalismo pasa a segundo plano pues la constitución ocupa la primacía.

Como parte del hilo conductor de éste trabajo, expondremos a continuación el pensamiento jurídico de algunos de los más destacados jusfilósofos que han abordado el estudio del Estado Constitucional contemporáneo en aspectos diversos.

1.6.1 La capacidad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli.

La teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tiene sustento en las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio,¹⁷⁰ dentro de la cual, se formó una nueva generación de filósofos del derecho. Para Luigi

justicia interpretar y aplicar el Derecho a los casos concretos, ¿no deberíamos concluir que todos los jueces han de tener la potestad de inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales, tal como afirmó la famosa sentencia en el caso Marbury?”. FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de Constitucional*, op. cit., p. 20

¹⁶⁷ Sobre las cualidades del neoconstitucionalismo, es que “se tornan prácticamente omnipresente en todo proceso de creación y aplicación del derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, [...] en el texto constitucional. CRUZ, Luis M., “La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo,” *Dikaion*, Núm. 18, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009, p. 16.

¹⁶⁸ CARBOLELL, Miguel, *Cartas a un profesor de Derecho*, Porrúa, México, 2014, p. 5

¹⁶⁹ SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 667-672, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 670.

¹⁷⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et al., “Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli,” *Letras Jurídicas*, 1-21, CUCI, No. 4, primavera de 2007, Guadalajara, 2007, p. 2.

Ferrajoli ese tránsito equivale a un *“cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas, es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales”*.¹⁷¹

El garantismo –uno de los ejes cruciales del pensamiento jurídico de Ferrajoli–, pretende “tutelar y establecer mecanismos para proteger los derechos o bienes individuales frente a otras intromisiones tanto del ejecutivo como de otros poderes [...] apuesta por la justificación de un estado democrático de derecho, sustentado en una concepción normativa que apunta a las garantías de los derechos como vínculos y límites del legislador”.¹⁷² Una de las funciones del garantismo ferrajoliano –*subraya Durango Álvarez*– consiste en hacer patente las lagunas y antinomias que se presentan en el ordenamiento jurídico y el juez tiene encomendada la función de depurarlas.

Relacionando las ideas anteriores con la capacidad, tenemos lo siguiente: si la capacidad se concibe como la idoneidad o aptitud de un ente para tener derechos y obligaciones, y si además, el neoconstitucionalismo ferrajoliano se basa en la validez formal e intrínseca de las normas jurídicas; tenemos que;

a) *Conforme a la validez formal*, tienen derechos y obligaciones únicamente aquellos entes a los que la norma jurídica así se los atribuye de manera expresa o por derivación del principio de que la *capacidad es la regla y la incapacidad la excepción*, serían incapaces de goce únicamente aquellas personas y ante las situaciones particularmente señaladas por la norma formalmente válida.

b) *Conforme a la validez intrínseca*, las incapacidades de goce deberían establecerse solamente, cuando se contravengan los principios y valores que, de no limitarse a través de la suspensión o restricción, provocarían un quebranto al orden público; de no ser así, no se podría justificar intrínsecamente que se señale una incapacidad de goce.

Luigi Ferrajoli propone no sólo el más amplio reconocimiento y tutela de derechos, sino que además sugiere el que en los Estados se cuente con los mecanismos e instituciones que aseguren dicha tutela, por ello es que su pensamiento se considera es garantista, y propone el modelo de estado democrático de derecho, en el cual se establecen límites a todas las autoridades incluyendo al propio legislador.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p. 280.

¹⁷² DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., “Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli”, *Opinión Jurídica*, Vol. 6, No. 12, pp. 189-204 Universidad de Medellín, Medellín, 2007, p. 198

En su ponencia *“Pasado y futuro del Estado de Derecho”*, Ferrajoli alude a dos modelos de Estado de Derecho, el *Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho*, no sin antes precisar el término “Estado de Derecho”. El Estado de Derecho puede verse desde el *sentido lato o débil* en el que cabe cualquier ordenamiento en el que los poderes del estado son conferidos por la ley y ejercitados en la formas y con los procedimientos legalmente establecidos [...] caben aquí los Estados modernos inclusive los antiliberales. En el sentido estricto, o fuerte, sólo los Estados *“en que los poderes públicos están, además sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos [...] son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”*¹⁷³

a) El modelo de Estado legislativo de derecho (Estado legal), llamado paleo-iuspositivista, que se da a partir del nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, este modelo afirma el principio de legalidad como único criterio identificador del derecho válido, independientemente de su valoración como justo, sino más bien por haber sido creada por una autoridad que posee competencia normativa.¹⁷⁴

b) El modelo de Estado constitucional de derecho (Estado Constitucional), que nace a partir de la Segunda Guerra Mundial. El iusfilósofo italiano resalta que en éste modelo, la misma legalidad queda subordinada a las constituciones rígidas,¹⁷⁵ hay una relación de supraordenación de las leyes a la constitución, no importa sólo el hecho que el órgano que las haya creado tenga competencia legislativa, sino que también sus contenidos deben ser coherentes a los principios constitucionales; el jurista italiano sigue expresando “en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.”¹⁷⁶

En el actual Estado de Derecho en México, el problema predominante consiste en seguir partiendo del legalismo-normativo positivista de derecho, como único criterio de interpretación y resolución para la tutela de derechos, con ello, se corre el

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 13. y ss

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 15. y ss

¹⁷⁵ En otro artículo señala lo siguiente: “Gracias a la rigidez de las *constituciones* la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión”. FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 114

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 18. y ss

riesgo desconocer capacidades jurídicas implícitas en las prescripciones jurídicas, derivadas de la dignidad de la persona; y por ende, violentar derechos fundamentales de las mismas. A partir de la reforma judicial de 1994, de la reforma al sistema de impartición de justicia penal de 2008, y de la reciente reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, se dan pasos importantes hacia esa nueva concepción de la constitución de la indeterminación del derecho,¹⁷⁷ aunque queda mucho por recorrer en el tránsito de un modelo a otro. En los países de América Latina que han antecedido a México en la internación de ésta nueva corriente, pretenden concebirlo como un proyecto de constitucionalización de la vida,¹⁷⁸ que en nuestro concepto, es la omnipresencia de la constitución.

En cuanto a la jurisdicción, se aplica la ley sólo que constitucionalmente sea válida, la interpretación y aplicación de la ley implica un juicio sobre la ley misma y en su caso denunciar la inconstitucionalidad. Por último, la ley queda subordinada a los principios constitucionales.

Partiendo de ésta concepción, administrada con la capacidad jurídica, *¿cómo se percibe a la capacidad e incapacidad de goce en un estado legislativo de derecho?* En un estado legalista, donde como se ha aludido, el principio de legalidad es el que impera, se corre el riesgo de que el legislador pueda establecer de manera irracional y arbitraria, incapacidades a los derechos fundamentales; en cambio, en un estado constitucional de derecho ocurre el fenómeno contrario, ya que en éste, el derecho tiene que ser congruente con la constitución; los derechos fundamentales están reconocidos y garantizados; así, el poder legislativo ordinario no puede establecer incapacidades a derechos fundamentales de manera arbitraria; se cuenta con sistemas de control constitucional en caso de que haya excesos; y además, las capacidades de goce de derechos fundamentales es más amplia que en los primeros; todo lo que se ha referido es en el plano interno o nacional, sin embargo en el plano internacional, todavía hay una tarea pendiente como más adelante se señalará.

Refiere Ferrajoli que la crisis actual en ambos modelos de Estado de Derecho: en el Estado legislativo la crisis afecta al principio de legalidad, su origen son dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal. Las leyes “se cuentan ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más

¹⁷⁷ En América Latina, se tiende a reforzar la tesis de la indeterminación del derecho y del neo constitucionalismo. SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 669

¹⁷⁸ Sobre el neoconstitucionalismo en América Latina, “se ha querido ver, en el recibimiento de ciertas teorías filosóficas jurídicas, el compromiso como un proyecto de [liberalización y constitucionalización de la vida]”. LÓPEZ MEDINA, D. E., *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 6, en SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, en *Ibidem*. p. 668.

oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos”¹⁷⁹

En el Estado Constitucional, la crisis repercute en el garantismo constitucional; el cambio de paradigma tanto en el plano normativo como en el internacional se ha dado solamente en el papel, hasta hoy no hay garantías de su efectividad, no contamos con una jurisdicción penal internacional ni con una jurisdicción constitucional internacional tendientes a la tutela de los derechos humanos en el ámbito internacional.¹⁸⁰ El proceso de integración de Europa está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, ya en la representatividad política de los órganos comunitarios, ya en el de la rígida subordinación a límites y controles constitucionales anclados en la tutela de los derechos fundamentales. También, gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas se han situado fuera de los límites de los Estados nacionales lo que pone en riesgo de que se confundan las fuentes así como la incertidumbre de las competencias (tribunales concurrentes y confluyentes), el principio de legalidad y reserva de la ley cada vez tienen menos sentido.¹⁸¹

1.6.2 La capacidad en la concepción de Robert Alexy.

El jurista alemán Robert Alexy nos habla de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Señala como particularidades del mismo, seis principios fundamentales que destaca a partir de la Ley Fundamental Alemana. “Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1LF), de la libertad (art. 2.1LF) y de la igualdad (art. 3.1LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (arts. 20.1; 28.1, Frase 1LF). Entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y los fines del Estado existen, relaciones y tensiones”.¹⁸²

En el aspecto que tiene que ver con el neoconstitucionalismo, es de rescatar la posición de los derechos fundamentales en Alemania, y conforme al autor en comentario tiene cuatro singularidades:

¹⁷⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁰ “Este cambio de paradigma se ha extendido, por otro lado, al menos en el plano normativo, también al derecho internacional. Gracias a este embrión de constitución del mundo que está formada por la carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, también la soberanía estatal externa ha sido jurídicamente limitada, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales. Desgraciadamente, como ha demostrado trágicamente la guerra de Kosovo, este segundo cambio ha sucedido solamente en el papel, ya que permanece sin ningún tipo de garantía de efectividad. Falta una jurisdicción penal internacional capaz de castigar los crímenes contra la humanidad; falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de la ONU que violen los derechos humanos internacionalmente establecidos [...]” FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 115

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 21 y

¹⁸² ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, (Trad. Alfonso García Figueroa), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 31.

1. El Rango máximo,
2. La máxima fuerza jurídica, objetos
3. La máxima importancia, y
- 4 La máxima indeterminación.

1. El Rango máximo. En cuanto al rango máximo, los derechos fundamentales están regulados en la constitución, del principio *lex superior derogat legi inferiori*, y el Derecho Federal prima sobre el Derecho de los Lander (Estados); por ende, cualquier norma que los contravenga es inconstitucional.¹⁸³

De ésta singularidad, podemos colegir que, las capacidades que hayan sido reconocidas por una ley superior –*como lo es la Constitucional*–, no pueden ser restringidas, limitadas o desconocidas por una ley inferior; por tanto, sólo la misma ley fundamental, *de manera directa y preferente; o bien de manera excepcional mediante el reenvío o habilitación legislativa*, es la que puede establecer incapacidades de goce a los derechos fundamentales, mediante limitaciones a esa capacidad.

2. La máxima fuerza jurídica. Respecto a la *máxima fuerza jurídica*, lo derechos fundamentales vinculan como Derecho vigente a todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), ya que en la república de Weimar los derechos fundamentales fueron declaraciones programáticas que no tenían tutela judicial, era el *Verfassungslirik* –poesía constitucional-. En la república Federal alemana la observancia de todos los derechos fundamentales está plenamente controlada por todos los tribunales, desde el inferior hasta el Tribunal Constitucional. El control judicial se extiende sobre los tres poderes.¹⁸⁴

De lo anterior se infiere, que las capacidades jurídicas de derechos fundamentales, deben ser respetados y obligan a todos los poderes; además, el control directo de la constitucional compete en el caso nuestro a órganos jurisdiccionales, (al Poder Judicial Federal cuyo órgano máximo es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en el caso mexicano–). Aunque también a través del control indirecto o difuso, corresponde a cualquier otro órgano jurisdiccional.

3. La máxima importancia. Sobre la máxima importancia del objeto, “mediante los derechos fundamentales se decide acerca de *la estructura básica de la sociedad*. Con la garantía de la propiedad [...], de la libertad de elección de profesión [...], y de la libertad contractual [...] La garantía de opinión, prensa, radio y televisión [...]. Otros

¹⁸³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸⁴ *Idem*.

derechos fundamentales como la garantía del honor y la familia, el derecho a la herencia y de libertad religiosa, la protección de la vida e integridad física, el Derecho nuclear y del medio ambiente.”¹⁸⁵

De lo anterior resulta que, no es posible concebir un Estado como constitucional y democrático, si en él no se reconocen de manera extensa a los derechos fundamentales, y por ende de la capacidad de goce de sus miembros; por lo que *no basta con que se reconozca la capacidad de goce de los derechos tradicionales* como los arriba citados; así, la capacidad de goce debe ser tan amplia que abarque el reconocimiento inclusive de *aspectos culturales* tan específicos de cada sociedad que lo conforma, ya que estos son derechos también de máxima importancia. Otros derechos como el de la protección de la integridad física, derecho al medio ambiente, derechos de las minorías, derechos de los consumidores, conforman un escenario más amplio, en la edad moderna impensados.

4 La máxima indeterminación. Por lo que toca al máximo grado de indeterminación, no se puede deducir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, cobran vida también los volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal. Los derechos fundamentales son lo que son gracias a la interpretación.¹⁸⁶ Por lo que respecta a la capacidad de goce, *–al ser ésta la regla general–*, no se requiere una determinación forzosa de cada uno de los derechos que correspondan a las personas, sino que, además de las que hayan sido reconocidas expresamente, a partir de los derechos fundamentales, mediante la *interpretación basada en los valores y principios constitucionales, se van estableciendo y desarrollando todas las capacidades de goce; y día a día se va haciendo más amplio su ámbito al irse descubriendo nuevos derechos fundamentales que están implícitos en otros*; sin embargo, en el aspecto negativo, esto no aplica a las incapacidades de goce, ya que éstas, al ser la excepción, necesariamente deberán estar determinadas en las normas jurídicas generales; y además, si se trata de incapacidades a derechos fundamentales, únicamente pueden ser señaladas en la norma fundamental del Estado.

1.6.3 La capacidad conforme al pensamiento de Riccardo Guastini.

Acordes a las ideas de Guastini, en un Estado Constitucional de Derecho, el reconocimiento de la capacidad de goce debe partir de los principios consagrados en la constitución, tal y como es el caso mexicano, en el que el artículo 1º de la misma, reconoce esa capacidad de goce de derechos fundamentales.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *op. cit.*, p. 34

¹⁸⁶ La tesis de la indeterminación del derecho “se debe a la jurisprudencia analítica gestada por Bentham, y sobre todo a Hart.” SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 669

Cuando se refiere a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, Guastini propone entender *“un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales [...] un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y al estilo doctrinal.”*¹⁸⁷ Por ello, propone mediante un listado lo que refiere como “condiciones de constitucionalización”, y en razón de que se cumplan más o menos estas condiciones, se derivará el grado de constitucionalización, por ello, un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado en función de la satisfacción de dichas condiciones.¹⁸⁸ En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, así sucede respecto a la capacidad de goce, ya que es un reconocimiento que parte de la Constitución. En efecto, el artículo 1º establece que en nuestro Estado mexicano *toda persona gozará de los derechos humanos* reconocidos en la misma y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el estado mexicano.

Cuadro de condiciones de constitucionalización para Guastini

Condiciones necesarias	1. Una constitución rígida 2. La garantía jurisdiccional de la constitución
Condiciones suficientes	3. La fuerza vinculante de la constitución 4. La sobreinterpretación de la constitución 5. La aplicación directa de las normas constitucionales 6. La interpretación conforme a leyes 7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.
Condiciones vinculadas entre si	3. La fuerza vinculante de la constitución 4. La sobreinterpretación de la constitución 5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Para Guastini las condiciones de constitucionalización que un ordenamiento jurídico debe satisfacer son siete: 1. Una constitución rígida 2. La garantía jurisdiccional de la constitución 3. La fuerza vinculante de la constitución 4. La

¹⁸⁷ GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano, (Trad. José María Lujambio), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 49.

¹⁸⁸ *Idem.*

sobreinterpretación de la constitución 5. La aplicación directa de las normas constitucionales 6. La interpretación conforme a leyes 7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Las primeras dos son condiciones esenciales, sin ellas no existiría propiamente una constitución, de la 3ª a la 7ª son bastantes para hablar de grados de constitucionalización, y de la 3ª a la 5ª están estrechamente relacionadas.¹⁸⁹

1. Una constitución rígida. La primera condición es que la constitución sea escrita, y que no pueda ser derogada, modificada o abrogada por el legislativo ordinario, sino mediante un procedimiento especial de revisión constitucional.¹⁹⁰ De lo anterior podemos derivar que, al tener una constitución rígida, en primer lugar se está limitando al legislativo ordinario a señalar incapacidades de goce en tratándose de derechos fundamentales, ya que éstas únicamente podrían imponerse por el Órgano especial y por el procedimiento especial de revisión constitucional; así, cualquier incapacidad de goce de derechos fundamentales que no sea impuesta a través del referido mecanismo, será inconstitucional.

2. La garantía jurisdiccional de la constitución¹⁹¹. Esta condición implica que exista algún control de la constitucionalidad, un órgano de revisión y decisión sobre *la conformidad de las leyes con la Constitución*. Por lo general el órgano competente para dicho control es uno jurisdiccional o semi-jurisdiccional.

Sobre el control constitucional hay tres modelos:¹⁹²

a) **El norteamericano (control a posteriori por vía de excepción)**. Es un control en concreto pues lo ejerce un juez ante casos concretos, ello permite que una ley inconstitucional entre en vigor y también sea aplicada antes de que los jueces reconozcan su ilegitimidad constitucional; además, declarada la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales.

b) **El francés (control a priori por vía de acción)**. Es un control abstracto, el Tribunal Constitucional –o equivalente– impide que una ley inconstitucional entre en vigor.

c) **El alemán, italiano o español, control a posteriori (por vía de excepción), in concreto**. La determinación del Tribunal Constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de leyes, tiene efectos *erga omnes*, por lo que dichas leyes ya no pueden ser aplicadas por ningún juez.

¹⁸⁹ GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico..., *op. cit.*, p. 50

¹⁹⁰ *Cfr. Idem*

¹⁹¹ *Cfr. Ibidem*, p. 51

¹⁹² *Idem*

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la constitución en materia de capacidad, podemos plantear que *si las leyes ordinarias válidamente pueden establecer incapacidades de goce en relación a derechos no fundamentales cuando así lo requiera el orden público*; o bien esas *incapacidades de goce de derechos fundamentales, sólo deben derivar de la norma fundamental*; se estima que lo ideal es que las incapacidades de goce de derechos fundamentales, se establezcan directamente en la constitución; y el tipo de control constitucional que es el adecuado para ello, será de tipo jurisdiccional.

En el caso Mexicano el órgano de control directo es el Poder Judicial Federal preponderantemente a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3. La fuerza vinculante de la constitución

La constitución recoge la ideología cultural del país del que se trate. Incluyen la organización del Estado, la declaración de derechos, derechos entre el Estado y los ciudadanos, declaraciones de derechos de libertad, y además:

a) Principios generales no susceptibles de aplicación inmediata, pues exigen interpretación y concretización ya de los legisladores, jueces y otros órganos Estatales.

b) Disposiciones programáticas, derechos sociales no aplicables inmediatamente, hasta que los programas previstos sean realizados.¹⁹³

Un estado constitucional y democrático debe reconocer en su constitución, además de la organización, estructura y funcionamiento del Estado, un capítulo o apartado dedicado a la declaración de derechos, (garantías individuales), o derechos fundamentales de sus gobernados. Entre estos, debe partir del reconocimiento de la *capacidad de goce de esos derechos hacia* sus miembros; y en ella abarcar aspectos culturales, además de otros temas que también corresponden a la misma. En cuanto a las *capacidades de goce*, tenemos el punto de que estas, podrán ser inferidas a partir de aquellos principios generales e ir siendo detalladas a través de la interpretación y concretización como lo refiere Guastini.

Por otro lado, el tema de las incapacidades de goce, consideramos que también debe obedecer a criterios culturales y a razones de conveniencia política de un país, por ello, podrán variar y de hecho varían de un Estado a otro. Por ejemplo la incapacidad que el Derecho Mexicano establece para los extranjeros, en cuanto al

¹⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 52

derecho a adquirir tierras y aguas en la faja prohibida, es una incapacidad que el Derecho constitucional de otros países no la considera.¹⁹⁴

4. La sobreinterpretación de la constitución

La constitución es interpretada por jueces, los órganos estatales en general y por los juristas. Toda constitución tiene lagunas pues según Guastini "*jamás una constitución puede regular la vida social y política en su totalidad*"¹⁹⁵

Para Guastini, hay dos tipos de interpretación constitucional que caben; la interpretación restrictiva y la extensiva. La restrictiva es la literal se da por el argumento *a contrario*. Lo que provoca vacíos a nivel constitucional habida cuenta de que, la constitución sólo regula una pequeña parte de la vida política y social. En la extensiva se basa en el argumento *a simili*, bajo esta perspectiva la constitución puede ser sobre-interpretada, y se pueden extraer muchas normas implícitas. Así no quedan espacios vacíos del Derecho constitucional.¹⁹⁶

En suma, partiendo de las ideas de Guastini, derivamos que, en tratándose de las capacidades de goce cabría la interpretación extensiva, en pro de la mayor amplitud de derechos; empero, en tratándose de las incapacidades de goce, en cambio, cabría la interpretación restrictiva, se limitaría sólo a los casos de excepción establecidos en las normas jurídicas.

5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Con el constitucionalismo contemporáneo "se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta."¹⁹⁷

En materia de capacidad tenemos conforme a ésta condición de constitucionalización que, en efecto, a través de los valores y principios que consagra y reconoce la constitución, que se van descubriendo a través de la interpretación y

¹⁹⁴ Miguel Carbonell considera además que es discriminatoria al ser una prohibición absoluta e injustificada para que los extranjeros puedan adquirir tierras y aguas en la faja prohibida, véase CARBONELL, Miguel, *La igualdad insuficiente*, IIJ-UNAM, México, 2009, p. 35.

¹⁹⁵ GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico:..., *op. cit.*, p. 54.

¹⁹⁶ *Idem*

¹⁹⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 55

argumentación jurídicas, se pueden ir desarrollando y concretizando nuevas situaciones que puedan ser catalogadas como capacidades de goce en la medida que aclaran, reconocen o establecen derechos, y de manera negativa, señalarse también incapacidades ordinarias de goce, *–le llamamos incapacidades ordinarias de goce, porque se encuentran establecidas en normas jurídicas no constitucionales–*. Las incapacidades de goce de derechos fundamentales, sólo pueden darse en la constitución; y además, en un Estado constitucional de derecho, y al ser elementos negativos de la capacidad jurídica, sólo deben admitir una interpretación restrictiva.

6. La interpretación conforme a leyes (adecuadora)

Ningún texto normativo admite una sola interpretación, por tanto, cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa, por ello, al juez es a quien corresponde elegir la interpretación correcta. La interpretación conforme (llamada también adecuada o armonizante), será aquella que le dé significado a la norma, en virtud de la contradicción entre la ley y la constitución, para así evitarla.¹⁹⁸

Tratándose de la capacidad e incapacidad de goce ya sea de derechos fundamentales, o de derechos no fundamentales, siempre la interpretación debe ser conforme a la Constitución y tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano; y en tratándose de derechos no fundamentales, puede derivarse de la ley pero siempre en armonía con los principios constitucionales para evitar contradicciones.

7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Se refiere a la relación entre los diversos órganos Estatales, esta condición según Guastini, depende de varios elementos: el contenido mismo de la constitución, el posicionamiento de los jueces (Tribunal Constitucional o equivalente), de los órganos constitucionales y todos los actores políticos.¹⁹⁹

También de éste criterio de constitucionalización podremos advertir capacidades e incapacidades jurídicas. En efecto, de las relaciones políticas, de la organización del Estado y de las relaciones entre los diversos órganos se deriva el concepto de *Competencia* e *incompetencia*, en función de lo que las autoridades pueden o no válidamente hacer porque la ley así les autorice, faculte u ordene. Así las cosas, cuando una autoridad es incompetente, desde el punto de vista genérico de la incapacidad, equivale a una incapacidad jurídica; si es competente equivale a que tiene capacidad jurídica para tal o cual acto.

¹⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 56

¹⁹⁹ Vid. *Ibidem*, p. 54

1.5.4 La capacidad basada en el pensamiento de Paolo Comanducci.

Comanducci propone distintas formas de plantear el neoconstitucionalismo: como método, como teoría y como ideología. El aspecto metodológico se encargará de plantear la vieja fórmula de conexión entre derecho y moral, inclusive, algunos enfatizan que hay el deber ético de obedecer la Constitución y leyes que sean conformes a ella. El teórico brinda una opción mediante el proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico, contrario al paradigma clásico, legicentrista y de interpretación subsuntiva, esto es, la norma constitucional interpretada a partir de valores y principios fundamentales. El aspecto ideológico enfatiza la limitación del poder político a través de la creación de mecanismos para tutelar a los derechos fundamentales.²⁰⁰

Inspirado en las acepciones del positivismo jurídico de Norberto Bobbio, Commanducci propone como ya señalamos, una clasificación análoga del neoconstitucionalismo -teórico, ideológico, y metodológico-, de los cuales para efectos del presente trabajo nos avocaremos al primero de ellos. El neoconstitucionalismo teórico nos apoya para entender el cómo están estructurados y cómo funcionan los sistemas jurídicos contemporáneos, y de algún modo acepta la conexión entre Derecho y moral.²⁰¹

Sobre éste punto Comanducci señala que: “El neoconstitucionalismo teórico [...] aspira a describir los logros de la constitucionalización [...] El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de, por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”.²⁰²

Por lo que a la capacidad jurídica respecta, podemos inferir que si el neoconstitucionalismo teórico, entre uno de sus tantos propósitos que plantea, es buscar la enunciación de los logros de constitucionalización a través de *los principios y valores que subyacen de la constitución*, y de esa manera se contribuye al logro de la omnipresencia constitucional; esa constitución invasora, a través de esa *interpretación conforme*, basada en los principios y valores que derivan de la propia constitución, *se amplían las capacidades de goce de derechos fundamentales*, al irse descubriendo nuevos escenarios de los mismos, que se encuentran implícitos y se revelan a través de la interpretación constitucional.

²⁰⁰ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de Constitucionalismo: un análisis metateórico,” (trad. Miguel Carbonell), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 83 y ss.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 87

²⁰² *Ibidem*, p. 83

Respecto a éste tipo de neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci hace crítica a las variantes representadas en el neoconstitucionalismo teórico de Ferrajoli y al de Zagrebelsky, pues contienen aspectos que son inaceptables en concepto de Comanducci. Nosotros nos avocaremos a plantear la crítica que hace al primero de los mencionados, sobre lo que han denominado “*lagunas técnicas*”.

Ante la afirmación de Luigi Ferrajoli, en el sentido que la ciencia jurídica es necesariamente normativa respecto a niveles inferiores del ordenamiento. “La operación que hace Ferrajoli –según lo expone Comanducci– es la siguiente: una vez interpretada la Constitución como contenedora de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales contrastantes con esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar las lagunas (que de axiológicas devienen, en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas).²⁰³ Así mismo, Ferrajoli sostiene que “cuando un derecho esté establecido por la Constitución y falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna (técnica) que debería ser denunciada por la ciencia jurídica normativa”.²⁰⁴

La crítica esgrimida por Comanducci es en el sentido de que *la tesis ferrajoliana no es explicativa sino idealista*; para comenzar, proviene de una adhesión al neoconstitucionalismo ideológico, no al teórico; de igual manera se le atribuye el haber *asignado un rol normativo a la ciencia jurídica*, pues se debería concluir (teóricamente) que *los derechos instituidos en un ordenamiento específico sin las correspondientes obligaciones, realmente no son derechos*, no habría entonces laguna técnica, pues realmente lo que existirían serían *derechos subjetivos*, ya que todo derecho subjetivo supone siempre una obligación correspondiente.²⁰⁵

El hecho de que la tesis de Ferrajoli sea idealista, como la califica Comanducci, no impide, desde nuestro punto de vista, que a partir de la constitución se tenga que partir para colmar esas llamadas “*lagunas técnicas*”. En efecto, el caso que refieren como de *laguna técnica*, se sitúa en los supuestos en que la constitución establece un derecho, pero luego, la ley no estatuye las obligaciones correlativas al mismo, tal y como lo pudiera ser el caso de los derechos programáticos o de los derechos que no cuentan con un mecanismo directo para hacerlos efectivos; situaciones éstas, que desde el pensamiento de Comanducci, simplemente no son derechos, puesto, que según lo explica éste último, aquellos derechos instituidos, sin las correspondientes obligaciones, realmente no son derechos.

²⁰³ *Ibidem*, p. 88

²⁰⁴ *Idem*

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 89

Los casos antes referidos, ¿no son realmente derechos?; entonces, los derechos fundamentales a la salud o a la vivienda, por ejemplo *¿no son auténticos derechos? – como lo considera Comanducci–*. Por nuestra parte, coincidiendo parcialmente con Ferrajoli, consideramos que si son derechos, y por lo tanto capacidades de goce, por lo que sigue: los *sujetos activos* destinatarios *–según los diversos supuestos normativos de este tipo–* son auténticos titulares de tales o cuales derechos *–por reconocimiento legal–*; sin embargo, esos derechos quedan condicionados al cumplimiento de los requisitos que señalen las leyes; por lo que si no se ajustan a los programas y demás condiciones y requisitos establecidos por la ley, no se tendría acceso a los mismos; así, la capacidad de goce que además es abstracta, se tiene ya que los sujetos conforme a la norma son idóneos o aptos para los mismos; pero para poder ejercitarlos válidamente habrán de colmarse las condiciones exigidas por la norma; en éstos casos estimamos que se afecta la capacidad de ejercicio solamente.

1.5.5 La capacidad jurídica en base a la ideología de Juan José Moreso

La aportación de Juan José Moreso la hace apoyándose en las ideas de Riccardo Guastini sobre “ponderación” y “subsunción”, y critica de manera especial a la ponderación, ya que la ponderación para Moreso, desde el punto de vista racional, no es controlable y además, otro elemento negativo que encuentra es lo subjetivo de la ponderación, que además vale sólo para el caso concreto en que se efectúa.

Este jurista, retomando elementos de las ideas de Guastini sobre la ponderación abunda sobre los conceptos de “subsunción” y “ponderación”, presenta ideas muy esclarecedoras de estos elementos característicos del neo constitucionalismo.

A la subsunción debemos tenerla en cuenta en cuanto a la aplicación del Derecho y consiste en *“la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa”*.²⁰⁶

Se estima que para el caso de las incapacidades de goce perfectamente cabría remitirnos a la subsunción como lo sugiere Moreso, ya que estas incapacidades de goce, surgen como excepción y son elementos negativos de la capacidad jurídica, por tanto, como la subsunción es para casos individualmente determinados, en las incapacidades de goce se deberá subsumir.

La subsunción no procede en tratándose de principios constitucionales, cuando se trate de principios y particularmente los que establecen derechos, la operación que

²⁰⁶ MORESO, Juan José, “Conflictos entre principios constitucionales”, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 99

corresponde es la ponderación, considerada como rasgo esencial en el neoconstitucionalismo.

En los casos de *capacidad de goce de derechos fundamentales*, no podríamos recurrir a la subsunción, pues dicha capacidad de goce, subyace también de los principios y valores en los que descansa la Ley Fundamental, que, por el contrario, lejos de ser limitados y concretos, *como ocurre en las incapacidades de goce*, deben ser ilimitados, abstractos, y de ellos emanan capacidades de goce a favor de los sujetos; por lo tanto, cuando se susciten conflictos entre capacidades de goce de derechos fundamentales, se debe recurrir a la ponderación y no a la subsunción.

La tesis Guastiniana de distinción entre *disposición y norma*²⁰⁷ se entiende de la siguiente manera: la *disposición* es el texto de los documentos legislativos, que son el objeto de la actividad interpretativa; y por *norma* el contenido de significado de dichos textos; es decir, el resultado de la actividad interpretativa, por tanto, las normas en cuanto contenidos significativos, no son previos a la interpretación, son el resultado de la actividad interpretativa.²⁰⁸

La concepción de Guastini sobre la *ponderación* ante conflicto entre principios.²⁰⁹ La ponderación tiene las tres siguientes características:²¹⁰

a) Se realiza entre dos principios en conflicto cuyos supuestos se superponen parcialmente provocando una antinomia parcial-parcial, no se resuelve mediante *lex superior derogat inferiori* pues son del mismo rango, tampoco vale *lex posterior derogat priori* pues están expresados en el mismo documento coetáneo, *ni lex specialis derogat generali* pues se trata de antinomia parcial-parcial.²¹¹

Lo anterior implica que, cuando se suscita un conflicto entre capacidades de goce de derechos fundamentales, como la capacidad de goce del derecho a la vida, la capacidad de goce del derecho de libertad ideológica y de conciencia, por ejemplo no podríamos partir de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica antes referidos, no podríamos tampoco partir de una preconcebida jerarquía de principios, de modo tal que dijéramos que la vida está por encima de todo, sino más bien atender a esos principios pero en función de las circunstancias especiales del caso, por lo que de esa ponderación, habrá casos en que se pronuncie por la vida, y en otras circunstancias pudiera pronunciarse por la libertad ideológica.

²⁰⁷ GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, (trad. Castellanos de J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 32-35 y 50-54, en MORESO, Juan José, “Conflictos entre principios constitucionales”, *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 100

²⁰⁸ *Ibidem*, p.101

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 100

²¹⁰ *Ibidem*, p. 103

²¹¹ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (trad. Castellanos de J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 1999, p. 169.

b) Consiste en establecer una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, implica un juicio de valor para el caso planteado. Esa jerarquía axiológica a la que estamos aludiendo, estimamos que no debe ser *a priori*, ya que si esto fuera así, estrictamente no estaríamos ponderando, sino que, debe hacerse a partir de las circunstancias del caso que se esté planteando.

c) Vale solo para el caso concreto, por lo que no se establece de manera abstracta, lo que Guastini llama *jerarquía móvil*. Cada caso es distinto, puede ser que en otro caso en que se opongan los mismos principios, ocurra totalmente un desplazamiento contrario al primero.

De lo anterior Moreso destaca dos consecuencias de la ponderación que nos propone Guastini: a) La ponderación es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, equivale a un juicio de valor del intérprete; y b) La ponderación tiene como consecuencia el *particularismo jurídico*, pues sólo valen para el caso concreto.²¹²

Según Moreso, la actividad de elegir entre principios en conflicto, se convertiría en una actividad no controlable racionalmente, depende de los juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar.

En efecto, concordamos con Moreso en que la ponderación supone una actividad que depende de juicios de valor que hace sobre todo el juzgador; sin embargo, diferimos de él, porque en aras de tutelar los derechos fundamentales en el sentido más amplio, creemos que así debe ser, el ponderador deberá partir de los principios y valores establecidos en la norma fundamental, y además basada en una interpretación y argumentación jurídicas adecuadas; es decir, no debe ser una resolución basada en una ponderación arbitraria, sino racional y objetiva, conforme a los principios y circunstancias del caso; pues de lo contrario, la aplicación e individualización del derecho no tendría sentido, estaríamos concibiendo la aplicación e individualización del derecho a manera del positivismo jurídico, como si fuera una mera fórmula matemática, como un derecho que pudiera ser deshumanizado o desvalorizado, estaríamos recurriendo a la fórmula de *dura lex, sed lex*, tal y como en la monarquía romana se concibió al derecho, y que en muchos casos produjo muchas injusticias, desde el punto de vista axiológico.

1.5.6 La capacidad en base al pensamiento de Luis Prieto Sanchís.

Prieto Sanchís resume al neoconstitucionalismo así: *“una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a*

²¹² MORESO, Juan José, *op. cit.*, p. 103

los jueces".²¹³ Dicho autor, además, tiene una postura especial respecto a la ponderación y subsunción; no considera que la ponderación sea una alternativa a la subsunción considera que antes de ponderar es preciso hacer una subsunción.

Prieto Sanchís describe los rasgos del neoconstitucionalismo de los que destacan *la omnipresencia de la constitución, menos espacio* a la ley y reglamentos y *la omnipotencia judicial*. En su sobresaliente obra "neoconstitucionalismo y ponderación judicial", después de hacer algunas observaciones sobre la terminología.²¹⁴

De las ideas anteriores podemos deducir, aplicado a la capacidad de goce de derechos fundamentales, que, esa omnipotencia judicial consiste en que es el juez quien en última instancia orienta y define, a través del control constitucional en base a la interpretación conforme, es decir, apoyada en los principios y valores constitucionales, en ésta virtud, es que podrá ser ampliada esa capacidad de goce; y quien en todo caso así lo resuelva será el juez en su sentencia definitiva en la que se descubre esa capacidad.

El jurista de referencia, considera que son tres las acepciones principales: como *Estado de Derecho*, como *teoría del Derecho* y como *ideología* que justifica o defiende la fórmula política, respecto de ésta última considera que presenta diferentes niveles o proyecciones.²¹⁵ En su artículo aborda algunos aspectos de las dos primeras acepciones, por ello es que prescindiremos de la concepción ideológica.

En relación a la *primera acepción*, como *Estado de Derecho*, "es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos [...] esta *es la tradición norteamericana* [...] la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes [...] al poder judicial. La idea de poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación del poder político"²¹⁶

El constitucionalismo como *segunda tradición*, entiende la Constitución "como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, [...] no se limita a

²¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 124

²¹⁴ Ya que considera que al neoconstitucionalismo se le ha denominado también, "constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica." PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *op. cit.*, p. 123

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 124 y ss

fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc. [...] es *la concepción del neoconstitucionalismo nacido en la revolución francesa*, [...] la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio”²¹⁷

El neoconstitucionalismo –dice el autor– *reúne elementos de estas dos tradiciones*: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera toma la idea de *garantía jurisdiccional y la desconfianza ante el legislador*; de la segunda, el ambicioso programa normativo que *va más allá de lo estrictamente indispensable para el establecimiento del poder* a través de las reglas del juego.

Ante la ineficacia de la ley, en su esquema puramente normativista, se busca una frescura en teoría del derecho, distinta de la que se ha generado con anterioridad; por ello es que, para Luis Prieto Sanchis, el neoconstitucionalismo en su segunda acepción; esto es, como *teoría del derecho*, nace ante situaciones como las de, la crisis de la ley y otros fenómenos conexos como, el proceso de unidad en Europa, el menoscabo de las condiciones de racionalidad legislativa, entre otros, que requieren de una nueva teoría del derecho alejada del positivismo teórico. Esta nueva concepción de la constitución nos lleva también a una inédita teoría del derecho cuyas características más preponderantes los resume en: *“más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”*²¹⁸

En base a los rasgos referidos, llevados al campo de la capacidad jurídica, en cuanto al primero *más principios que reglas*, debemos entender que en la constitución sólo debe haber las reglas estrictamente imprescindibles para el funcionamiento y la organización del Estado; en cambio, esencialmente debe estar conformada de principios, por ello es que a través de los principios constitucionales se podrán ir descubriendo capacidades jurídicas que en ellos están implícitos. En cuanto a los demás rasgos habrá que determinar cuándo se subsume y cuándo se pondera; derivando que, en caso de conflicto entre *capacidades de goce de distinta jerarquía* podemos subsumir y aplicar las reglas ordinarias de la hermenéutica jurídica, pero, en *caso de conflicto entre capacidades de goce de derechos fundamentales en los que se aprecie una aparente paridad de principios*, es cuando el juez debe hacer el juicio

²¹⁷ *Idem*

²¹⁸ *Ibidem*. p. 131 y ss.

de ponderación de lo que resulta patente también esa *omnipresencia judicial*, ya que tanto la subsunción, cuando proceda, o la ponderación; serán hechas por el juez, limitándose de ésta manera la *intrusión del legislador ordinario*; quien además, por principio, no podrá válidamente establecer incapacidades de goce de derechos fundamentales.

Otra de las aportaciones importantes de su obra es la ponderación judicial, nos refiere que ponderar es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. El presupuesto de la ponderación es que haya razones en pugna, bienes en conflicto. Pero la ponderación supone que debe haber un equilibrio en el plano abstracto, que los principios que se han de ponderar sean del mismo valor, ya que de lo contrario no habría nada que ponderar pues se impondría el de más valor. Ponderar es buscar la mejor decisión (sentencia) para el caso concreto entre dos principios del mismo valor. Aclara también, que no todas las contradicciones o antinomias son ponderables, pues cuando caben los criterios de jerarquía, cronológico o de la especialidad, así se resuelven y no se ponderan. En cambio, cuando dos principios constitucionales se contraponen, no caben los criterios cronológicos ni de jerarquía ya señalados. El criterio de especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente.²¹⁹

Un ejemplo de ponderación podría ser en tratándose del aborto cuando por un lado se argumenta el derecho a la vida del ser concebido, puesto que en la legislación de algunos países así se considera basado en la dignidad de la persona humana, y por el otro el derecho de libertad de conciencia de la madre para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, advertimos un conflicto de valores, de principios. El juicio de ponderación implica que ante el caso concreto donde se advierten razones opuestas no declarará la invalidez de alguna de esas, ni tampoco declarará que una de ellas siempre tendrá que ceder ante la otra pues si eso fuera así, estaría estableciendo una jerarquía. Entonces, al ponderar, decidirá por una de las razones en pugna, sin que ello implique que en otro caso, no deba salir adelante la contraria.

Por otro lado, en relación a la ponderación y subsunción, habida cuenta que generalmente se ha considerado que la ponderación es el método alternativo a la subsunción, es decir, las reglas son objeto de subsunción en base a la relación supuesto jurídico consecuencias de derecho; y los principios opuestos, en cambio, son objeto de ponderación. Lo cual no es negado plenamente por Prieto Sanchís, a juicio del autor, operan en fases distintas, pues nos dice: “no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro [...] cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que el caso examinado resultan

²¹⁹ *Ibidem*, p. 138 y ss.

relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios.”²²⁰

Conforme a las ideas de Prieto Sanchis, contextualizadas a la capacidad jurídica, podríamos establecer que en los casos de *capacidad de goce de derechos fundamentales*, primero deberíamos recurrir a la subsunción; y si de acuerdo a la subsunción se puede atender la cuestión planteada no se requeriría la ponderación, pues si se anteponen principios de distinto valor no se tendría que ponderar ya que se tendría que imponer el principio de más valor; así pues, la ponderación según Luis Prieto, tiene como presupuesto un equilibrio de valores y principios en el plano abstracto; por tanto, cuando hay un desequilibrio, cabe el que previamente se pueda recurrir a reglas como las de especialidad, tiempo y la jerarquía de valores para el caso particular.

Verbigracia, si se estableciera una capacidad de goce de derecho fundamental, por ejemplo, en una disposición constitucional posterior que expresamente se permitiera a los extranjeros, adquirir la propiedad de inmuebles en las costas, y eso contraviniera al texto actual del artículo 27 constitucional, a través de la regla *lex posterior, derogat priori*, se podría resolver válidamente el problema. Empero, si esa nueva disposición no estuviera prescrita en la Ley fundamental, pero sí en una norma ordinaria, por más que sea la concesión de derechos a favor de la persona, estaría contraviniendo al artículo 27 constitucional, por lo que resultaría inaplicable la nueva disposición conforme a la regla *lex superior, derogat inferiori*.

1.5.7 La capacidad conforme a las ideas de Antonio Enrique Pérez Luño.

Por la ineficacia del *iuspositivismo jurídico formalista Kelseniano* ante situaciones jurídicas motivadas sobre todo por cuestiones *económico-políticas y socio-culturales* de los Estados Europeos en la actualidad, surge el neoconstitucionalismo y se presenta como una nueva perspectiva metodológica, Pérez Luño señala que los juristas del hoy, deben prescindir de las tradicionales enseñanzas derivadas del positivismo kelseniano y de la teoría pura del derecho, porque ya no se ajustan a los actuales alcances del ordenamiento jurídico; ahora deben dirigir su atención a los “ordenamientos jurídicos policéntricos. Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del juspositivismo kelseniano.”²²¹ Este cambio del legalista Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, conforme al profesor Antonio Enrique Pérez Luño, produce los cambios de la *primacía de la constitución sobre la ley* (integralidad), *reserva de la constitución sobre la reserva de ley*; y el *control jurisdiccional de la*

²²⁰ *Ibidem*, p. 144.

²²¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 440

constitucionalidad. Este jurista expresa, en el desarrollo y cambio histórico del Estado de derecho al Estado Constitucional, se produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico:²²²

1) *El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución;*

2) *El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución;*

3) *El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.*

A partir de las ideas arriba expresadas relacionadas con la capacidad jurídica, en base *a la integralidad* donde impera la *primacía constitucional sobre la primacía de la ley*, tendríamos que, una ley ordinaria puede conceder *capacidades de goce*, pero nunca en contra de la constitución. Lo anterior podría suceder cuando en la constitución se establecen incapacidades de goce. Por ejemplo una ley federal o local que concediera capacidad de goce directamente a los ministros de los cultos religiosos para ser electos en cargos de elección popular, o que el Código Civil Federal o de cualquier entidad federativa, *concediera capacidad de goce para que los ministros de culto religioso pudieran heredar vía testamentaria de sus feligreses con quienes además, ni parentesco tienen*. Como ésta capacidad conferida por la legislación ordinaria contravendría a la incapacidad de los ministros de culto religioso establecida en el artículo 130 de la Constitución, por lo que debe prevalecer éste último.

Considera el mismo autor que “en el Estado Constitucional, que el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta”²²³

Así como se ha sostenido del binomio indisoluble que forman el Derecho y el Estado, que no pueden existir el uno sin el otro, y no tienen otra alternativa más que co-existir, el jurista español, destaca también una necesaria relación entre *los derechos fundamentales* y el *neoconstitucionalismo*, no basta con el mero reconocimiento de derechos fundamentales, sino que debe buscarse la garantía de tales derechos para aspirar a ser un auténtico estado de Derecho. Nos enuncia Pérez Luño, que “*el constitucionalismo contemporáneo no sería lo que es de no ser por los derechos fundamentales. La estrecha relación que guardan ambos es insoslayable, los derechos fundamentales necesitan del estado para su plena realización, y este debe garantizar los primeros para considerarse un*

²²² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41.

²²³ *Idem*.

verdadero Estado democrático de derecho".²²⁴ Así, sigue señalando Pérez Luño "Los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de derecho, a contrario sensu a menor Estado de derecho, menor tutela de los derechos fundamentales".²²⁵ De éste mismo modo, en un Estado Constitucional Democrático de Derecho, la tendencia es a que se reconozcan más capacidades de goce que en un estado liberal de Derecho, donde existen más restricciones a la capacidad de goce de las personas; por tanto, al surgir nuevos derechos fundamentales en esa proporción aumenta la capacidad de goce de las personas. En el Estado Constitucional existe entonces una relación directamente proporcional entre Derechos fundamentales y la capacidad jurídica. Mientras más derechos fundamentales se reconozcan; los gobernados tendrán una capacidad de goce más amplia.

Pérez Luño considera que la sociedad debe estar abierta a nuevas exigencias de las que se derivan y cimientan nuevos derechos fundamentales: *"una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas."*²²⁶

En la actualidad la amenaza de los derechos fundamentales no sólo puede provenir del estado,²²⁷ debemos reconocer que hay derechos privados que coexisten con el Estado; por tanto esos derechos fundamentales también deben tenerse como garantías contra abusos de particulares.²²⁸

1.5.8 La capacidad jurídica conforme a Susanna Pozzolo.

El neoconstitucionalismo obedece a los modelos de Constituciones Occidentales como la alemana, o italiana, donde se busca que la interpretación constitucional se efectúe conforme a valores y principios que emanan de ella misma, y no en pocas ocasiones se ha apelado a criterios morales. Lo cual resulta inadmisibles desde la perspectiva de Pozzolo, ya que el derecho debe estar separado de la moral.

En su trabajo titulado "Un constitucionalismo ambiguo" el único objetivo de la autora es evidenciar la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución, dando argumentos en pro de la tesis

²²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 43.

²²⁵ *Ibidem*, p. 65

²²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

²²⁷ Pérez Luño considera que "un Estado de Derecho con un reconocimiento pleno a los derechos fundamentales, no garantiza su plena protección ante las violaciones que se pueden cometer por parte de grupos económicos, nacionales y multinacionales, e incluso, por grupos terroristas. Esta problemática nace al considerar que los derechos fundamentales también pueden ser violados por terceras personas y no necesariamente por la autoridad." PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 63

²²⁸ Vid. LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, *Del Estado Liberal al Estado Constitucional*. op. cit., p. 265

separatista entre derecho y moral, y a favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico.²²⁹ Su trabajo lo articula en cinco párrafos de los cuales trataré sólo el primero mediante el cual se dedica a circunscribir la noción de neoconstitucionalismo como teoría del Derecho del Estado constitucional. Así las cosas, Pozzolo aclara que neoconstitucionalismo no tiene un significado unívoco y ha logrado una gran aceptación, sus características son: el *ser constitucionalista* ya que se inserta en la corriente iusfilosófica consagrada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos del poder político) y *antipositivista*; y además su objeto específico se orienta en el estudio de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos occidentales.²³⁰

El neoconstitucionalismo es contrario al iuspositivismo preconizado por el Estado legalista decimonónico en el que reduce todas las fuentes jurídicas a la ley, el principio de legalidad y la voluntad del legislador; en el primero quedan subordinados a la constitución, los criterios de validez formal son importantes, pero también se consideran criterios de validez material que condicionan la actividad legislativa no sólo en sus formas, sino en sus contenidos. El neoconstitucionalismo busca no sólo la validez formal, sino también la validez material. Pozzolo considera que quizá la noción de validez jurídica es una de las razones más importantes para la superación de la metodología iuspositivista.²³¹ La validez jurídica en que descansa el iuspositivismo es exclusivamente formal; en cambio, la del Estado Constitucional es esencialmente material, reenlazando el nexo entre la moral y derecho, que había seccionado el positivismo. Para la autora resulta inadecuado el que se emplee por el Derecho del Estado constitucional que juzga la validez, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido.

La mayoría constituciones occidentales han recogido de algún modo, un gran número de principios de justicia, de derechos fundamentales, además derechos de libertad y derechos sociales. Sin embargo, también –considera la autora– se han constitucionalizado a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, por lo que para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción.²³² Para concluir, Susanna Pozzolo considera que la conexión entre Derecho y moral sería perjudicial y arbitraria al aplicar las normas constitucionales, al respecto señala que: “el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral.”²³³

²²⁹ POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, (trad. Miguel Carbonell), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 187.

²³⁰ POZZOLO, Susanna, “Un constitucionamismo ambiguo”, *Op. cit.*, p. 190.

²³¹ *Idem.*

²³² *Idem.*

²³³ POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, *op. cit.*, p. 210.

Desde nuestra perspectiva, contrario a lo que considera Pozzolo, estimamos que deben converger tanto la *validez formal* como la *validez intrínseca o material* de las normas; esto último exige recurrir a valores, que muchas de las veces coinciden con la moral.

Así por ejemplo, la capacidad de goce de los ministros de los cultos religiosos, para adquirir herencias deriva del artículo 130 constitucional; y, del mismo precepto se establecen *incapacidades de goce* para el caso de la *adquisición de herencias vía testamento*. En dicho numeral concurren aspectos tanto formales, como de tipo axiológico. Por un lado, conforme a la validez formal, los ya referidos ministros tendrán capacidad de goce para adquirir herencias vía legítima o por la vía testamentaria, de aquellos que sean sus parientes dentro del cuarto grado; pero también deriva una incapacidad de goce ya que los referidos ministros, no podrán adquirir por la vía testamentaria de sus feligreses, si además, no tienen parentesco del cuarto grado.

En el caso señalado se presenta una concurrencia entre el punto de vista formal y el axiológico, se estarían encontrando de algún modo el derecho y la moral por lo siguiente: desde el punto de vista formal existe disposición expresa en la propia ley, que además ha sido creada conforme los procesos legales para la creación de normas; pero también, desde el punto de vista axiológico, se está tutelando la libre decisión del testador, que su voluntad no esté influenciada y por ende, su decisión testamentaria, por quien lo asiste espiritualmente, pues sería inmoral. Por ello, no vemos inconveniente alguno en que en varios supuestos como sucede, se encuentren el derecho y la moral.

1.5.9 La capacidad jurídica a la luz de las ideas de Peter Häberle.

Como preámbulo, el nuevo constitucionalismo “... admite la conformación plural de la sociedad. Sin excluir a un grupo reconociendo sólo a su opuesto y opuestos, construye una palestra en la que todos los grupos representativos de la realidad diversificada tengan sitio.”²³⁴ “El carácter pluralista de las sociedades contemporáneas ha ido provocando entre otros factores, el que los principios constitucionales adquieran cierto halo de flexibilidad.”²³⁵ En su aspecto democrático, no sólo se limita a la participación de los ciudadanos en las elecciones populares, sino que conlleva a la efectiva y real participación e injerencia en cuanto al poder público; en las decisiones políticas fundamentales del Estado.²³⁶

²³⁴ PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl, *op. cit.*, p. 137

²³⁵ TORTOLERO CERVANTES, Francisco, “La flexibilización de los intérpretes constitucionales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares, Pliego Derecho*, pp. 43-58, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Guanajuato, 2006, p. 44

²³⁶ “El Estado Democrático de Derecho se transforma en el poder público que se organiza de tal manera que su ejercicio resulta autorizado, legitimado y controlado por los ciudadanos; el poder público aparece como expresión

Häberle hace un cuestionamiento a la Teoría General del Estado al considerar que la cultura y la Constitución, también deben ser elementos del Estado y no han sido consideradas en la tríada tradicional: *“población, territorio y gobierno”*.²³⁷ Estima también que en nuestros días, es el Estado constitucional la mejor forma de gobierno, en el que debe haber una revisión constante de éste y sus relaciones con la verdad; la democracia plural (pluralismo) es la forma de gobierno más exitosa,²³⁸ observa que las tres libertades fundamentales de la cultura son: “libertad de culto religioso, del arte y de las ciencias”,²³⁹ pretende que en éste Estado constitucional, la verdad sea un objeto del dominio público y a exista una prohibición de la mentira;²⁴⁰ pero que además se tenga a la verdad como “concepto vinculante” para la libertad, justicia y bienestar del Estado Constitucional.²⁴¹

El Estado constitucional, -reflexiona-, debe preocuparse del rescate de la dignidad humana y la protección de las minorías, estima que *“de la misma forma como no se puede considerar independientemente lo estático de lo dinámico, tampoco se puede entender la normalidad sin la normatividad, el ser sin el deber ser, la cultura sin su contexto constitucional.”*²⁴²

La teoría constitucional es concebida por Häberle como una teoría de la cultura, ya que según el autor las normas fundamentales emergen y son entendidas como procesos culturales y de allí que se esclarezcan e interpreten por medio de *“los textos y los contextos.”*²⁴³ Así, la cultura, en los rasgos comunes a los individuos o a su mayoría, da las particularidades de cada Estado constitucional. Derivado de ello, la cultura tiene una relación directa con la capacidad jurídica de las personas, pues si en las normas fundamentales de los Estados, no se deben desconocer esos rasgos culturales, la cultura es por tanto, un aspecto esencial en la conformación de los derechos fundamentales; y por tanto, de la capacidad jurídica.

de libertad y autogobierno del pueblo en los que todos los ciudadanos pueden participar en igualdad de circunstancias...”. ROSALES, Carlos M., *op. cit.*, p. 101

²³⁷ Además de pueblo, poder y territorio, el cuarto elemento del estado es la cultura. Pero “de manera paradigmática, la Constitución no tiene sitio en esa tríada. Esto caracteriza precisamente a la Teoría General del Estado, y la convierte también en cuestionable, [...] La constitución es, si no ya el “primer elemento del Estado”, en todo caso, un elemento esencial”. HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *La constitucionalización de Europa*, pp. 23-43, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 26

²³⁸ HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 113

²³⁹ *Ibidem*, p. 119

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 133

²⁴¹ *Ibidem*, p. 142

²⁴² En la reseña de Guillermo Mañón, hace sobre *Verdad y Estado constitucional* de Häberle, refiere que esa explicación se dio en el dialogo entre Häberle y Francisco Valaguer. Recuperado el 28 de noviembre de 2013. <http://biblioteca.itam.mx/estudios/60-89/80/GuillermoManionPeterHäberleVerdad.pdf>

²⁴³ Cfr. HÄBERLE, Peter Y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al derecho común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. De Héctor Fix-Fierro, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 5.

Para Häberle, en el Estado constitucional democrático, la dignidad humana de los ciudadanos y las personas, “es la suma de los valores fundamentales tomados como premisa de la antropología cultural del Estado constitucional y de la democracia liberal.”²⁴⁴ Ellos mismos se “dan” la constitución.²⁴⁵ *Las Leyes Fundamentales de los Estado Constitucionales y Democráticos*, son una “obra abierta”, necesariamente de naturaleza falible, y, por tanto, revisable. Las características básicas que resalta el jurista alemán son:

1. Considera a la constitución como una obra abierta;
2. La ciudadanía forma una sociedad abierta de intérpretes constitucionales;
3. Los derechos fundamentales son parte importante de la nueva cultura jurídica del Estado Constitucional;
4. Los derechos fundamentales se cimientan en los derechos humanos tanto universales como los derechos ciudadanos nacionales;
5. El Estado queda sometido a la Constitución, por tanto, el Estado Constitucional necesariamente comprende al Estado de Derecho, pero no a la inversa.

La Constitución es para Häberle, un genuino instrumento viviente, que encierra la aspiración a la que el grupo social tiende; traza una diversidad de senderos posibles; y, admite diversas interpretaciones que conducen y, a la vez permiten que esas normas puedan ser adaptadas a las transformaciones que se vayan dando dentro de esa comunidad política; por ello es que afirma que “más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman “la sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.²⁴⁶

El que la ciudadanía forme una sociedad abierta de intérpretes constitucionales permite que en mperito de esa diversidad interpretativa, “los sistemas jurídicos atemperan la aplicación flexible de la norma en beneficio de la unidad de la constitución”.²⁴⁷

En base al dinamismo de la constitución como lo refiere Häberle, al producirse cambios en ella, pueden traducirse en el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, con lo que se estaría ampliando en esa medida, el rango de las

²⁴⁴ HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, op. cit., p. 115

²⁴⁵ HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, op. cit., p. 24

²⁴⁶ La constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es sólo un ordenamiento dirigido a los juristas y para que estos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía, para los no juristas, para los ciudadanos. HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, op. cit., p. 25, ideas similares pueden consultarse en AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y Jurídica*, op. cit., p.98

²⁴⁷ TORTOLERO CERVANTES, Francisco, “La flexibilización de los intérpretes constitucionales”, op. cit., p. 44

capacidades de goce para de quienes sean reconocidos como titulares de esos derechos. Lo mismo puede decirse de las restricciones de derechos a determinados sujetos, que por cuestiones de orden público se establezcan; de esa revisión constitucional, también podrán derivarse *incapacidades de goce* de derechos fundamentales.

Del pensamiento de Haberliano también se puede deducir válidamente que, las *capacidades e incapacidades* también deben sustentarse en aspectos culturales; la norma constitucional no puede ser ajena a esas realidades, por ello Häberle enfatiza la importancia de **la dimensión cultural de la Constitución –nos habla incluso de un derecho constitucional cultural–**²⁴⁸ que impide fluctuaciones caprichosas de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma.²⁴⁹ Así, Häberle constata la relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y procesos culturales. Ambos procesos: *el normativo y cultural* se estimulan recíprocamente entrando en sinergia e interacción constante. El desgaste del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, Häberle interpreta la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas sino como **condición cultural de un pueblo. “La constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.”**²⁵⁰ Señala también, que la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una Constitución viva, que en profundidad, es de naturaleza cultural. Así, tenemos a las constituciones como entes vivientes; como un producto o constructo *derivado de la acción de todos sus intérpretes*, con la materia y la forma que constituye la mejor manifestación y mediación de la cultura.²⁵¹

En suma, desde el plano eminentemente jurídico, *la cultura* se traduce en normas, que pueden producir dos escenarios posibles: uno *positivo y el otro, negativo*. En el *escenario positivo*, que es el del Estado cultural constitucional, como

²⁴⁸ El aspecto cultural Haberliano “se manifiesta en todas las formas de aparición del derecho constitucional cultural. Comienza con fines educativos como la tolerancia, la responsabilidad y, como algo nuevo: la conciencia ambiental [...] y termina o comienza así mismo con la educación en materia de derechos humanos, como exigen ya las nuevas constituciones.” HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *op. cit.*, p. 28

²⁴⁹ AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Jurídica y Política*, *op. cit.*, p.100.

²⁵⁰ HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *op. cit.*, p. 25

²⁵¹ *Idem*

lo refiere Häberle, precisamente por esa expansividad de los derechos fundamentales y por el agrandamiento del contenido de sus normas que llevan hacia nuevos contextos, se produce la ampliación del radio de los derechos fundamentales y de manera directamente proporcional, también de la capacidad jurídica a las personas. En cambio, el *escenario el negativo*, característico de los Estados legalistas o totalitarios, provocado por ese desgaste del entorno cultural, regresiones autoritarias, falta de políticas culturales, crisis sociales y económicas, al contrario del anterior, se limita el radio de acción de los derechos fundamentales afectándose directamente su desarrollo y crecimiento, y en ocasiones se llega hasta a establecer incapacidades jurídicas en relación a los mismos.

1.5.10 La capacidad basada en la concepción de Jürgen Habermas.

Habermas parte de la concepción de la inviolabilidad de la dignidad humana, es la dignidad humana el sustento deóntico o “fuente moral” -como le llama- de todos los derechos fundamentales.²⁵² La dignidad es una y la misma en todas partes y para todos los individuos de la especie humana, en ella se cimienta lo que el autor denomina como la “*indivisibilidad de todas las categorías de los derechos humanos*.”²⁵³ Denninger, -citado por Habermas- expresa en cuanto a la universalidad de la dignidad, que: “Un pueblo libre debe respetar la dignidad humana incluso en el caso de un criminal.”²⁵⁴ Por ello, en el Estado constitucional, la dignidad humana tiene un papel trascendental; su respeto impide al Estado a tratar a los seres humanos como meros instrumentos para alcanzar otros fines; “incluso -estima Habermas- si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas.”²⁵⁵ Siendo por tanto, “la dignidad” la piedra angular de donde parten todos los derechos fundamentales. Para Habermas, la justicia no se relaciona con aspectos teológicos, sino más bien con los deontológicos, por ello la justicia se identifica con la moral, pero una moral universal no individualista ni grupalista.²⁵⁶ Habermas estima que la justicia se debe derivar de la legitimidad política, afirmando que el proceso de discusión y decisión democrática es

²⁵² “el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por el contrario, es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos (en la experiencia concreta de violaciones a la dignidad humana), además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías (o generaciones) de los derechos humanos[...] la idea de la dignidad humana sirve como un “portal” a través del cual la sustancia igualitaria y universalista de la moral se traslada al derecho.” Cfr. HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Trad. al Castellano por Javier Aguirre Román, revisada por Eduardo Mendieta y María Herrera. *Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010); pp. 3–25, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2010, págs. 3, 4 y 6

²⁵³ *Ibidem*, p. 9

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 6

²⁵⁵ *Ibidem*, págs. 4 y 5.

²⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ VILLALOBOS, Pablo Héctor, “Notas para la configuración de una “nueva” visión ética del Derecho”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 35, pp. 201-209, México, 2005, p. 219

la única manera de construir principios morales intersubjetivos como los principios de la justicia.²⁵⁷

Apoyándonos en estas ideas tenemos que, a partir de la dignidad humana se deriva la capacidad jurídica como atributo de la persona y también, como el reconocimiento constitucional que se hace para el goce de derechos fundamentales. La dignidad humana, debe tenerse como la premisa y fundamento de la capacidad jurídica y de los derechos fundamentales. Su importancia en la concepción actual es que, de ella derivan los derechos fundamentales, del valor de la dignidad humana devienen los principios de igualdad, de libertad, de seguridad, entre otros. La capacidad jurídica entonces, juega un papel importante, ya que si su fin es cualificar al ente para atribuirle derechos; por ella se individualiza y se justifica a la persona como sujeto de derechos; sin ella no existiría la persona; igualmente, *los derechos fundamentales* como derechos esenciales de las personas por basarse en su dignidad y ser indispensables para que la personalidad pueda ser desarrollada libremente, determinan preponderantemente a la capacidad jurídica. A través de los derechos fundamentales se puede justificar y concretar esa capacidad, y concomitantemente con la capacidad jurídica, jurídicamente se justifica la existencia de la persona, el sujeto a quien el ordenamiento jurídico atribuye derechos fundamentales, es considerado, apto para la titularidad de ellos, y con capacidad de goce de los mismos, pues sería absurdo pensar en un ente como persona si no se le reconocen derechos.

Otro rasgo derivable del pensamiento de Habermas en relación a la capacidad jurídica, lo obtenemos cuando nos habla del tránsito que se está produciendo del *Estado-nación* al Estado supranacional que debe adoptar los rasgos del denominado *"Estado Constitucional de Derecho"*, podemos inferir de la contraposición que evidencia entre el Estado Constitucional Democrático y Republicano de Derecho con el tradicionalmente referido como Estado Nación; apunta también, que el constitucionalismo contemporáneo en el Estado Democrático de derecho *no es una construcción culminada*, sino más bien tendiente a renovar o ampliar el derecho a nuevas circunstancias; sobre todo con la aparición de nuevos derechos fundamentales (derecho al medio ambiente, a la calidad de vida, a la información, derechos de consumidores, derechos culturales), considera que el Estado es una edificación permanente abierta a renovar, ampliar y actualizar las normas jurídicas a nuevas circunstancias, señala que *"el Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes,"*²⁵⁸ de lo que derivamos que, con el surgimiento de nuevos derechos fundamentales, en esa misma medida, trae aparejado el surgimiento de nuevas capacidades de goce de esos derechos fundamentales. En el modelo de Estado Nación, es donde, con mayor frecuencia -

²⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, "Justicia", *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p. 479

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

aunque no en todos los casos,-²⁵⁹ se limita la expansión y el progreso de los derechos fundamentales; y por tanto, se limita el contenido de las capacidades de goce de tales derechos. Partiendo del culmen de la Segunda Guerra mundial, y consolidado más a partir del surgimiento de la Unión Europea, hace una interesante reflexión para justificar el por qué la Unión Europea requiere un marco constitucional. Al respecto señala:

“... nuestros Estados-Nación de grandes o pequeñas dimensiones, necesariamente dependientes y complacientes, ¿pueden acaso conservar, cada uno de manera separada, la capacidad de escapar al destino de adaptarse en mayor medida al modelo social hoy impuesto por el régimen económico dominante a escala mundial? De la misma manera que la visión ético-antropológica que quiere que los hombres y las mujeres sean agentes racionales que exploten su propia fuerza de trabajo, la visión moral de una sociedad que acepta exclusiones y abismos sociales cada vez mayores y la visión política que abandona partes de democracia a cambio de libertades económicas son elementos de una visión neoliberal, que es incompatible con el tipo de autocomprensión normativa que prevalece, hasta ahora, en toda Europa. Este diagnóstico sugiere otra lectura de los aspectos económicos del proyecto europeo. En la medida en que las naciones europeas parecen considerar que una regulación de la economía mundial equilibraría las consecuencias sociales desastrosas que traen consigo las desigualdades en materia de repartición de riquezas, ellas deben contar conjuntamente con la influencia determinante que adquiriría la Unión Europea en tanto actor en la escena mundial (*global player*). En relación con el futuro de la sociedad mundial, nosotros, europeos, tenemos un interés legítimo por hacer oír nuestra voz en el marco de un concierto internacional que está, hasta ahora, dominado por una visión muy diferente de la nuestra.”²⁶⁰

Teniendo por un lado, las estructuras político-económicas mundiales de corte neoliberales; y por el otro, la transformación del Estado nación en el Estado supra o posnacional, en el que, lejos de estar dominado por esas políticas o estructuras económicas mundiales de corte neoliberal, haya un auténtico poder democrático que garantice las libertades e igualdades de todo tipo, pero sobre todo, de tipo económico, que legitimen su existencia. En éste tenor, Mercedes Kerz subraya que lo que Habermas busca es “reconstruir una teoría de la sociedad a través de la razón comunicativa, ofreciendo fundamentos para fijar discursos formadores de opinión y de decisión que den validez a un *Estado posnacional* en el que esté incorporado el poder democrático y los principios republicanos ejercitados en forma de derechos.

²⁵⁹ Verbigracia, un caso excepcional es el de Alemania y su Ley Fundamental; es un Estado que podría tenerse como modelo de Estado Constitucional de Derecho.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen, “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?”, *La constitucionalización de Europa*, pp. IIJ-UNAM, México, 2004, p. 52 y ss.

Esto posibilita la existencia de comunidades altamente artificiales que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libres e iguales. En otras palabras, sostiene la idea de la necesidad de una nueva clausura política del espacio acorde a las condiciones de legitimidad de las formas de auto determinación democrática.”²⁶¹

La teoría de Jürgen Habermas busca atender a los retos que hoy en día tiene el Estado embebido en un proceso de mutación en las estructuras del sistema económico mundial y atado a las exigencias de las políticas neoliberales. Propone “una nueva clausura del espacio político que posibilite la continuidad de los procedimientos democráticos y de los principios universales republicanos, más allá de los límites organizativos del Estado nación.”²⁶²

Por último, Habermas habla también de un patriotismo constitucional que tiene que ver sobre la interpretación constitucional, refiere que los principios constitucionales son interpretados conforme al sustrato nacional porque a ello obedecen los principios constitucionales; escribe que, *“el patriotismo constitucional significa evidentemente que los principios constitucionales son interpretados a la luz de historias nacionales e insertados en ellas, es decir, en el contexto específico a partir del cual se efectuó la única forma de institucionalización de tales principios que hasta la fecha se ha realizado satisfactoriamente: la de los Estados-Nación.”*²⁶³ Basados en ésta idea de Habermas, partiendo de ese patriotismo constitucional, estimamos que, sobre todo las incapacidades de goce de derechos fundamentales, como aspecto negativo de la capacidad, deben partir de esa esencia nacional y sólo así podrían ser consideradas válidas en el texto constitucional, ya que el orden público se nutre de esa esencia o patriotismo nacional; inclusive, atendiendo a la evolución histórica, y a las circunstancias presentes, si ya no hay razones para que se sigan sosteniendo esas incapacidades, deberían desaparecer en beneficio de un mayor goce de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso mexicano, estimamos que si bien en un momento histórico se justificó, en la actualidad ya no debería haber una limitante absoluta –lo que equivale a una incapacidad de goce– a los extranjeros para la adquisición de tierras y aguas en lo que se considera la faja prohibida en los términos previstos en el artículo 27 constitucional.

Como corolario, de lo expuesto en éste capítulo tenemos que en el Estado Constitucional de Derecho se estima que los métodos tradicionales del legalismo-normativo positivista son limitados para establecer capacidades jurídicas; con la interpretación restrictiva derivada de los mismos, se tiende a limitar la concepción y alcances de derechos y de capacidades jurídicas, limitando en esa medida, la protección de los derechos fundamentales. En el nuevo paradigma, se tiene una

²⁶¹ Vid. KERZ, Mercedes, *Un nuevo umbral para el Estado moderno, Reflexiones sobre la teoría de Jürgen Habermas*, Colección Año, X, No. 15, 125-161, 2004, Pontificia Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 129.

²⁶² *Ibidem*, p.149.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen, “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?, *op. cit.*, p. 66

visión amplia de la constitución; la argumentación e interpretación no son meramente exegéticas, la interpretación extensiva es la adecuada en tratándose de derechos fundamentales, por ello, se va más allá de la letra, al tener en cuenta a los principios y valores implícitos en las normas fundamentales, inspirados en la dignidad humana, descubriéndose así nuevos derechos fundamentales, aumentando por ende la capacidad jurídica de las personas.

Sobre la relación que guardan los derechos fundamentales con la capacidad jurídica es la siguiente: si consideramos preconcebidamente que los derechos fundamentales son los derechos esenciales de las personas por basarse en su dignidad y ser indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, y además están reconocidos y protegidos constitucionalmente; y si la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos; entonces, los derechos fundamentales también determinan la capacidad de goce de quienes son titulares de los mismos, al ser cualificados, y por ende, considerados idóneos por la propia norma jurídica para detentarlos; es decir, el sujeto a quien el ordenamiento jurídico atribuye derechos fundamentales, es considerado por tanto apto para la titularidad de ellos, y por tanto con capacidad de goce de los mismos.

Desde el plano ideológico, la capacidad jurídica además de ser una cualidad sita en el mundo de las esencias, nada obsta, desde el punto de vista racional, sea considerada también como un derecho reconocido por el ordenamiento fundamental de un Estado, para gozar de derechos fundamentales; la capacidad jurídica en el neo-constitucionalismo, es tenida también como el derecho consubstancial al ser humano para tener derechos fundamentales; así, la capacidad por reconocimiento expreso: “el derecho de los derechos fundamentales”, también es un derecho fundamental.

En suma, si en el actual Estado Constitucional de derecho, para la interpretación y resolución de problemas, además del criterio legalista-normativo positivista, se considera también a la dignidad de la persona como premisa de la capacidad jurídica; se tendrá una tutela extensiva de la misma y por ende, de los derechos fundamentales de las personas.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU ENFOQUE CON LA CAPACIDAD JURÍDICA

SUMARIO: 2.1. Los derechos fundamentales, la metodología y terminología. 2.1.1 *Orígenes y documentos precursores*. 2.2. La capacidad jurídica en las generaciones de derechos fundamentales. 2.2.1 *La capacidad jurídica en los derechos de primera generación*. 2.2.2. *La capacidad jurídica en los Derechos de Segunda Generación*. 2.2.3. *La capacidad jurídica en los Derechos de la Tercera Generación*. 2.3. Internacionalización de los Derechos Humanos. 2.4. Interpretación de los derechos fundamentales. 2.5. Concepción de Luigi Ferrajoli. 2.6. Alcance y significado de los derechos fundamentales. 2.7. Garantía del cumplimiento y efectividad de los Derechos Fundamentales. 2.8. La capacidad como idoneidad para tener y/o ejercer derechos fundamentales. 2.9. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas.

2.1. Los derechos fundamentales, la metodología y terminología.

Una de las finalidades que nos hemos propuesto es el determinar si *hay correspondencia entre “la capacidad jurídica” y los “Derechos Fundamentales”*, y si la hubiera, determinar de dónde deriva y en qué consiste; si la *capacidad jurídica* conforme al *neoconstitucionalismo* puede ser encuadrada como un *derecho fundamental*.

Para poder dar una respuesta válida, nos impone, desde luego, la necesidad de indagar a cerca de lo que en el derecho contemporáneo se identifica con la expresión de “*derechos fundamentales*” –que aunque si bien, en el discurso jurídico no es una expresión nueva, pues ya lo reconocía Legaz y Lacambra¹ como un derecho de la

¹ “*la persona humana posee también una dimensión social, en la que tienen su ámbito las realidades jurídico-normativas, a las que pertenece la personalidad jurídica; por eso es también un derecho fundamental del hombre el ser reconocido como personalidad jurídica.*” LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la

personalidad jurídica como un derecho fundamental; empero, el significado que hoy en día se le da a los derechos fundamentales, tiene alcances y características muy precisas-; y en base a ello, poder determinar si la *capacidad jurídica* colma las características para poder ser considerada como un derecho fundamental de la persona, o meramente es la idoneidad o aptitud para tener y/o ejercer derechos entre los cuales encontramos a los “fundamentales”.

¿Qué relación guardan los derechos fundamentales con la capacidad jurídica?

Creemos que existe un evidente nexo entre “derechos fundamentales” y “capacidad jurídica” por lo que sigue; si consideramos preconcebidamente que los derechos fundamentales son los derechos esenciales de las personas por basarse en la dignidad humana y ser indispensables para el libre desarrollo de la personalidad; y además están reconocidos y protegidos constitucionalmente; y si la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos; entonces, los derechos fundamentales también determinan la capacidad de goce de quienes son titulares de los mismos, al ser cualificados, y por ende, considerados idóneos por la propia norma jurídica para detentarlos; es decir, el sujeto a quien el ordenamiento jurídico atribuye derechos fundamentales, es considerado por tanto, apto para la titularidad de ellos, y por tanto, con capacidad de goce de los mismos.

Desde un ángulo teleológico, si el fin de la capacidad es cualificar al ente para atribuirle derechos; esto es, si la capacidad es la cualidad o atributo de la persona mediante el que se individualiza la personalidad y se justifica a la persona como sujeto de derechos, sin ella no existiría la persona, ya que ese ente de referencia, al no ser considerado idóneo para tener derechos; y por tanto al no poseerlos, no tendría la cualidad para ser sujeto de derechos; no sería persona; entonces, los derechos fundamentales determinan de manera sobresaliente esa capacidad de goce. Por ende, a través de los derechos fundamentales, de manera preponderante se justifica y concretiza la capacidad jurídica de las personas; y a la vez, jurídicamente se justifica la existencia de la persona misma; ya que sería absurdo pensar en un ente como persona, sin que se le reconocieran derechos.

¿Por qué se consideran fundamentales tales derechos?

De inicio, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, “fundamental” es un adjetivo que califica a los entes; su significado es: “*que sirve de fundamento o es principal en algo*”; en su acepción particular, los derechos fundamentales son “*los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las*

persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 44

constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior".² En el ámbito internacional suelen identificarse los derechos humanos con los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, los derechos fundamentales son aquellos que sirven de fundamento de otros derechos secundarios; son los derechos esenciales que no pueden sino tener las personas; son los derechos más importantes. **Riccardo Guastini**³ considera que son derechos fundamentales en función de que no requieren de un fundamento positivo, sino que más bien son derechos morales o naturales, por ser éstos preexistentes al reconocimiento positivo, y además, son inviolables.

En este mismo sentido, Jorge Carpizo estima que *"en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer ésta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de éste hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos."*⁴ Apreciamos que el citado autor los refiere como "derechos humanos" y sopesa esa preexistencia al considerar que el Estado no otorga esos derechos, sino que simplemente los reconoce; y entonces, al ser derechos humanos que gozan de ese reconocimiento constitucional, estimamos que se convierten en derechos fundamentales.

A su vez Jimena Zarazá explica que *"los derechos fundamentales son "fundamentales" por estar reconocidos y protegidos de forma cualificada por la constitución, pero son "derechos" porque son actuables con base directa en la constitución, a través de un proceso, ante órganos independientes e imparciales que han de resolver en base a criterios jurídicos."*⁵ Un dato adicional que podemos agregar al concepto que pudiéramos dar de los mismos, es su aplicación directa a partir del texto constitucional.

En síntesis, de las anteriores ideas se pueden derivar los siguientes elementos comunes: los derechos fundamentales son los derechos más importantes o esenciales que no pueden sino tener las personas ya que son inherentes a la dignidad humana y son indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, y por tanto, son derechos preexistentes a la aprobación estatal; y además, gozan del reconocimiento y

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, pp. 1109 y 752.

³ En segundo lugar, se denominan "fundamentales" aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación jurídica positiva. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o "naturales". GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, (Trad. Miguel Carbonell), IIJ-UNAM, México, 2001, p. 222

⁴ CARPIZO, Jorge, "Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características", *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 25, pp. 3-29, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 4

⁵ SARAZÁ, Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, p. 861

protección constitucional; y admiten una actuación directa de la constitución a través de procesos y órganos.

El único fundamento que tienen los derechos fundamentales, es la propia dignidad de la persona, que actúa como principio superior que ningún ordenamiento puede desconocer. Francisco Fernández Segado explica que los derechos fundamentales son consubstanciales a la dignidad humana; ella es su esencia; actúan como el último fundamento de toda sociedad humana; con su desconocimiento se vulnera y se transgrede el valor de la dignidad en la cual se sostiene toda sociedad civilizada para que sus miembros desenvuelvan libremente su personalidad cuyos límites son el derecho de los demás y no quebrantar el orden moral y constitucional.⁶

Por otro lado, no debemos olvidar que el concepto de “derechos fundamentales” va de la mano de la teoría constitucional contemporánea; éste neoconstitucionalismo que los sustenta es considerado como una especie de blando positivismo constitucional no meramente formal, sino también material; en éste contexto se desarrollan los derechos fundamentales, dato importante para poder entender su verdadero alcance; precisa Alejandro Herrera que los derechos fundamentales son “límites y vínculos sustanciales” para todo el ordenamiento derivado de la constitución rebasando con ello al “positivismo legalista y formalista”; la panacea ahora es la constitución tanto en lo formal como en lo material, constituyendo una especie de positivismo constitucional donde lo que impera no es la voluntad del legislador sino del constituyente.⁷

Estamos pues ante un nuevo positivismo calificado como “positivismo blando”, “positivismo débil”, “positivismo supra-legal”, “positivismo incluyente”, o “positivismo constitucional”; sin embargo, ya que el nuevo paradigma lo supera, somos de la idea de no identificarlo con el nombre de “positivismo”, nos inclinamos por la expresión de constitucionalismo contemporáneo, el derecho del Estado Constitucional de Derecho, o el derecho del neo-constitucionalismo.

Gonzalo Aguilar Cavallo atribuye el empleo de “derechos fundamentales”, a los autores de derecho constitucional; sobre todo, por influencia de la experiencia alemana.⁸ Por consiguiente, hay una inseparabilidad entre los derechos fundamentales y la constitución. Jimena Zarazá percibe que *“actualmente puede afirmarse que existe una vinculación inescindible entre derechos fundamentales y constitución. De ello se deriva también que los problemas de los derechos fundamentales son*

⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, México, 2003, p. 8.

⁷ Cfr. HERRERA, Daniel Alejandro, “Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2, Diciembre 2010, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2010, p. 358

⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 127, pp. 15-71, IIJ-UNAM, México, 2010, p. 20

también problemas de la constitución: eficacia directa y tutela judicial, limitación de la potestad legislativa y control de constitucionalidad de las leyes, modulaciones del procedimiento legislativo, delimitación de la justicia de amparo.”⁹ Al haber esa correspondencia, los derechos fundamentales son derechos de máximo rango, que los jueces deben atender preferentemente, sobre cualquier disposición normativa secundaria.

En este orden de cosas, los derechos fundamentales se posicionan desde la Constitución como *principios del ordenamiento de un Estado*, Markus Kotsur menciona que *“la fijación por escrito y la actualización como garantía de su vigencia cualifica a los derechos fundamentales como «principios del ordenamiento para la totalidad de la vida estatal y jurídica, que a partir de la Constitución desarrollan una fuerza normativa en todos los ámbitos del Derecho».”¹⁰*

Las constituciones de Estados legalistas o de simples Estados de Derecho, como los denomina Ferrajoli,¹¹ podrán prescindir de un catálogo de derechos fundamentales, empero, las constituciones que corresponden al Estado Constitucional Democrático de Derecho, simplemente no se podrían concebir sin los derechos fundamentales, ya que, como lo señala Javier Acuña *“la constitución democrática es aquella que organiza al Estado en función de los Derechos Fundamentales de la población y que prevé su pleno ejercicio y respeto por parte de la autoridad, al ser la Constitución el epicentro jurídico-político del Estado es aceptada por todos como la rectora de la vida en sociedad y por ello surge de todos hacia ella un sentimiento de lealtad a sus principios y reglas.”¹² Por consiguiente, en los Estados Constitucionales de Derecho, toda la vida del estado gira en torno a su constitución y el reconocimiento de los derechos fundamentales en la misma, es un elemento esencial de ésta. Por otro lado, el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos fundamentales, hoy en día se toma como criterio de evaluación de un sistema jurídico, y por ende, para poder catalogar a un Estado como Estado Constitucional o como Estado de Derecho meramente. En éste tenor Hans-Rudolf Horn apunta que *“los criterios decisivos para evaluar sistemas políticos y jurídicos son los derechos fundamentales, cuya fundación razonable se basa en un consenso elaborado mediante el diálogo universal para posibilitar soluciones razonables.”¹³ Así, un estado que reconoce y garantiza ampliamente los**

⁹ SARAZÁ, Jimena, *op. cit.*, p. 849.

¹⁰ KOTSUR, Markus, “Los Derechos Fundamentales en Europa”, (Trad. Cristina Elias Méndez), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, No. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2009, p. 83

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 13. y ss.

¹² ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, “El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, pp. 29-57, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 38

¹³ HORN, Hans-Rudolf, “Generaciones de Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo. Reflexiones comparativas sobre el Constitucionalismo Americano”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, pp. 403-430, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 429

derechos humanos en su constitución, goza de más credibilidad y es tomado en serio por la comunidad internacional, a diferencia de aquellos que no lo hacen; éstos últimos, además de ser señalados en el contexto mundial, en no pocas situaciones tienen limitado el acceso a ciertos beneficios que emanan de las aperturas en la esfera internacional.

Desde la perspectiva *metodológica*, para poder lograr éste objetivo, abordaremos a los *principales pensadores contemporáneos que han disertado sobre los derechos fundamentales en lo general*; y en éste contexto, se hará un breve análisis de la capacidad en relación a la ideología de los derechos fundamentales aproximándonos de manera muy particular a la concepción de *Luigi Ferrajoli*, armonizada también con conceptos de destacados juriscivilistas, para poder advertir si el atributo de la capacidad jurídica se encuentra o no protegido por la norma fundamental, y así derivar su esencia y así poder determinar si la capacidad jurídica es o no un derecho fundamental.

Para ello, será sustancial el concepto que Luigi Ferrajoli elabora sobre los derechos fundamentales; sobre el particular Ferrajoli ha expresado que:

*“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”*¹⁴

Apreciamos claramente que de esa concepción se evoca la expresión *“personas con capacidad de obrar”*, de lo que resulta evidentemente la importancia de la capacidad como ingrediente esencial en ese concepto de derechos fundamentales, son los que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de capacidad de obrar, como una de esas tres especies. En relación a dicha noción, como lo refiere Carbonell *“incluye tres distintos status que sirven para la determinación de los titulares de esos derechos: persona, ciudadano y persona con capacidad de obrar”*.¹⁵ Si consideramos preconcebidamente que la *capacidad jurídica* –como atributo o cualidad inherente a los sujetos de derecho–, guarda la naturaleza jurídica que poseen los llamados *“derechos fundamentales”*;¹⁶ para los efectos del presente trabajo resultará necesario hacer un estudio tendiente a determinar si la *capacidad jurídica efectivamente*

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 19.

¹⁵ CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 21.

¹⁶ Se hace ésta consideración porque se estima que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que están positivizados en la norma fundamental de un Estado; y en el caso mexicano, el artículo 1º de la Norma Suprema del país, así se considera a la *capacidad de goce* de derechos humanos.

detenta las cualidades para poder ser considerada como un derecho fundamental; y si así lo fuera, ello daría la pauta para que posteriormente se pueda indagar si tiene las propiedades para ser considerada como un derecho fundamental absoluto, o por el contrario, un derecho fundamental relativo; para por último, en el último capítulo, poder contrastarla con el orden público y de ese examen, se pueda determinar si el orden público puede ser considerado como límite de esa capacidad jurídica.

En cuanto a su *terminología*, la noción predominante en el derecho de la actualidad, es la de considerarlos con la expresión de “Derechos fundamentales”,¹⁷ sin embargo, se han identificado a lo largo del tiempo como derechos innatos, derechos humanos, derechos fundamentales de la persona humana, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos subjetivos públicos, libertades fundamentales, garantías individuales. Los más generalizados son los siguientes: como derechos inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo (*derechos naturales*); como derechos inherentes a la dignidad de la persona independientemente de su reconocimiento Estatal o no, por ende universales e imprescriptibles (*derechos humanos*); y si además están protegidos por el ordenamiento jurídico de un estado y cuentan con medios de protección para evitar atropellos del Estado (*garantías constitucionales*); si son facultades que tienen los gobernados o particulares oponibles al Estado mismo (*derechos subjetivos públicos*); si son *derechos de tutela concreta* por la cercanía con el titular del interés jurídico; si son *derechos de tutela colectiva* que obedecen a intereses legítimos, tal y como lo es por ejemplo el derecho de huelga, o bien si son *derechos difusos* que protegen intereses simples y que se consideran solamente como buenos deseos o aspiraciones ya que no establecen un medio de defensa para hacerlos valer, por ejemplo el derecho al medio ambiente.

Surgen entonces las interrogantes siguientes: *¿qué relación guardan los derechos humanos con los derechos fundamentales?, ¿son lo mismo?, y si no son lo mismo, ¿cuál es su diferencia?*

Sobre la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales, Jorge Carpizo considera que los derechos humanos tienen un matiz filosófico y un alcance deontológico cuando no han sido incorporados en normas positivas; los derechos fundamentales, en cambio, lo son cuando están reconocidos y garantizados por normas jurídicas positivas.¹⁸ Francisco Laporta señala a la *universalidad, superioridad e ineludibilidad*, como rasgos formales de los derechos humanos; en efecto, los tres rasgos son los siguientes: “*la universalidad* de su adscripción, su

¹⁷ “A lo largo de la historia se han utilizado diversas expresiones para referirse a los derechos humanos, como ser, derechos fundamentales de la persona humana, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, garantías individuales, etc. De todas éstas denominaciones la que me parece más adecuada es la de los derechos fundamentales de la persona humana.” PACHECO G., Máximo, “Los derechos fundamentales de la Persona Humana”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, p. 67

¹⁸ Cfr. CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 14

carácter de *criterio superior de decisión moral* y lo *ineludible de su presencia en los individuos*, no podemos por menos que llegar a la convicción de que los derechos humanos tratan de configurarse como una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual.”¹⁹

La distinción conforme a la doctrina constitucional entre derechos humanos y derechos fundamentales estriba en que, los primeros son el género y los segundos son la especie. Todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son fundamentales, pues ésta característica deriva de que la constitución los considere como tales. De manera particular, relativo a la doctrina constitucional latinoamericana, Gonzalo Aguilar hace una connotación sobre la diferencia en comentario y expone que la teoría constitucional latinoamericana hace un deslinde entre derechos humanos y fundamentales; sólo son fundamentales aquellos derechos humanos cuando la constitución les da ese reconocimiento.²⁰ Los derechos humanos son innatos, universales, inviolables, irrevocables, intransmisibles e irrenunciables; los fundamentales lo son en virtud del reconocimiento constitucional del estado que se trate. Estima *Isidre Molas* que los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos, conforman un sistema valoral en una sociedad civil, y pueden considerarse que también tienen un carácter objetivo como pieza constitutiva del Estado en ya que en ellos también se sostiene el orden político.²¹ Empero –refiere *Gonzalo Aguilar*–, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos devenga vana y sin sentido, ya que, al interior del Estado, el individuo goza de derechos que provienen tanto del orden interno como del orden internacional.²²

Si la dignidad humana es inviolable, y ésta es el soporte de los derechos humanos; entonces, los derechos humanos también son inviolables. Sobre la aludida característica de “inviolabilidad” de los derechos humanos, Riccardo Guastini considera que son inviolables por ser previos al ordenamiento jurídico, refiere que en el plano iusfilosófico y político, la locución “*derechos inviolables*” alude a los derechos naturales o morales, preexistentes al ordenamiento; por ello es que no pueden ser vulnerados, sino reconocidos y protegidos.²³ Lo anterior, para un auténtico Estado neo-constitucionalista, representa una importante tarea para el constituyente, pues, al existir derechos humanos que no hayan sido reconocidos por la norma fundamental, es un cometido de máxima importancia que debe remediar el órgano revisor de la constitución.

Hemos precisado que los derechos fundamentales son derechos humanos que se encuentran reconocidos por la norma constitucional de un Estado, ahora la

¹⁹ LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, *DOXA*, No. 4, 1987, pp. 23-45, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1987, p. 44

²⁰ Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 22

²¹ MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 52.

²² Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 70

²³ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 223

pregunta sería: *¿puede haber derechos fundamentales contenidos fuera de la Constitución?, ¿puede haber derechos fundamentales contenidos en Tratados?*

En España, Humberto Suárez Camacho ha hecho un estudio que precisamente versa sobre la eficacia de los derechos fundamentales contenidos en un tratado internacional y señala que *“cuando la propia constitución, formal o materialmente contraviene lo dispuesto por un tratado que contiene derechos fundamentales, pues en este sentido, aún y cuando debiera prevalecer lo dispuesto por el tratado internacional, dada la categoría supranacional de los derechos fundamentales, sin embargo, prevalece lo dispuesto por la carta magna ... de cualquier modo, parece que en este caso la solución al conflicto en específico que llegara a presentarse pudiese encontrar salida a través del principio pro homine aplicando al particular la norma jurídica que le otorgue mayores prerrogativas relacionadas con derechos fundamentales, independientemente de su ubicación jerárquica en el derecho interno...”*²⁴

La constitución mexicana de 1917 era anacrónica al llamar a los derechos fundamentales con la denominación de *garantías individuales*.²⁵ La anterior situación ha sido resuelta en parte, en virtud de la reciente reforma constitucional en materia de Derechos Humanos,²⁶ mediante la cual se elevan a rango constitucional los tratados internacionales que hayan sido o vayan a ser ratificados por el Estado mexicano; se exige que las normas secundarias alusivas a derechos humanos, se interpreten conforme a la Constitución y Tratados sobre la materia; y que las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; y que el Estado investigue, sancione y repare violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, Jaime Cárdenas considera que la reforma tiene sus inconvenientes

“Los tratados en México son aprobados sólo con la participación del Ejecutivo y con la ratificación de la mayoría de los miembros del Senado. Su confección no exige la participación de la Cámara de Diputados, ni de mayorías calificadas de ambas cámaras

²⁴ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, “Eficacia de los derechos fundamentales contenidos en un tratado internacional: México y España”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 863-878, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 876

²⁵ “La constitución mexicana conserva el anacronismo de denominar garantías individuales a los derechos fundamentales.” ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “Pasado, presente y futuro del juicio de amparo Reflexiones sobre la crisis de la protección de los derechos fundamentales en México, a doce años de la reestructuración en la Suprema Corte”, *Justicia Constitucional en México*, pp. 157 – 170, Junio de 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, p. 161.

²⁶ El artículo 1º de la Constitución en lo conducente establece: *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.

como las que se piden para realizar reformas constitucionales, tampoco en la aprobación de los tratados participan las legislaturas locales y no hay participación ciudadana alguna para su aceptación... una reforma constitucional que le da jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos requiere necesariamente de una reforma al procedimiento para aprobar tratados y reformas constitucionales.”²⁷

Por nuestra parte, consideramos que es un gran paso el que se eleven al rango constitucional los tratados que en materia de Derechos Humanos haya ratificado o vaya a ratificar el Estado mexicano; lo que si resulta incongruente es que para las reformas constitucionales, nuestra ley fundamental exige la intervención una votación calificada *–dos terceras partes de los presentes–* de ambas cámaras; y además, de la aprobación por la mayoría de las Legislaturas de los Estados; mientras que, para la ratificación de un Tratado, además de la intervención del Presidente de la República, se requiere sólo de la aprobación de una de las Cámaras; sin embargo, esto último es constitucional pues la propia constitución así lo permite.

Ahora bien, el problema no queda resuelto cuando la constitución de un Estado, ya sea *material o formalmente* contraviene lo dispuesto por un tratado que consagra derechos fundamentales *–una contravención formal sería cuando el tratado de que se trate, no haya sido celebrado ni ratificado por el Estado de que se trate; será una contravención material cuando sí ha sido celebrado y aprobado, pero contiene disposiciones contrarias a la constitución del Estado–*, en estos supuestos *¿se podría válidamente recurrir a la aplicación del principio principio pro homine?* La respuesta no sería tan sencilla; si partimos desde el punto de vista exclusivamente formal, no cabría la aplicación del Tratado ya que éste último contravendría formalmente a la constitución, e inclusive, *bajo éste enfoque*, aunque derechos humanos, ni siquiera se podrían considerar como derechos fundamentales; sin embargo, desde el punto de vista intrínseco-material consideramos que sí debería ser aplicable el tratado, a pesar de la contravención, por ser la norma que otorga mayores beneficios o prerrogativas a la persona. Concluimos por tanto que; conforme a la concepción actual del neoconstitucionalismo, esta es la solución que se debería adoptar y es la que predomina en Europa y la que adoptan las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Como en reiteradas ocasiones lo hemos advertido, ésta nueva corriente no es un positivismo jurídico formal; por el contrario, privilegia tanto la validez formal como la intrínseca o material, y por tanto, conforme a la validez material se extendería a la aplicación de la norma que brinde mayores prerrogativas o beneficios en materia de derechos fundamentales.

²⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “La Reforma en materia de Derechos Humanos”, *Emeequis*, 10 de mayo de 2009, México, p. 41.

Giancarlo Rolla²⁸ refiere a una doble naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, que podríamos clasificar y denominar en “formal” y “material”.

a) La naturaleza formal. Se tiene cuando se constitucionalizan esos derechos humanos como conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas. Tienen esa misma naturaleza los derechos humanos contenidos en los Tratados.

La constitucionalización implica el reconocimiento de la capacidad de goce a favor de las personas a quienes conforme a la constitución, su titularidad pertenece.

b) La naturaleza material. Es la que deriva y se abstrae de los propios valores del sistema, postulados generales de una sociedad o principios institucionales, como elementos esenciales de un ordenamiento jurídico.

Esta naturaleza material, implica también una capacidad de goce cuyo reconocimiento va en función de la aptitud o idoneidad subjetiva para tener derechos fundamentales no por señalamiento explícito, sino por el reconocimiento implícito que subyace de los principios y valores constitucionales en que descansan los derechos fundamentales; y se descubren a través de la interpretación extensiva.

Los derechos fundamentales, no sólo deben estar circunscritos a las disposiciones normativas de un Estado, sino que van más allá pues en virtud de los tratados se amplía el horizonte de los mismos. En este tenor, Rafael Aguilera Portales subraya que la concepción jurídica moderna relaciona a los donceptos de “constitución” y “derechos fundamentales” en su parte dogmática, formando así un binomio indisoluble; como “la categoría jurídica que engloba a los *derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales*. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la *cultura jurídica de todo “Estado constitucional.”*²⁹ En suma, conforme al neo-constitucionalismo, los derechos fundamentales comprenden tanto a los derechos humanos universales como a los derechos humanos así reconocidos explícitamente hacia el interior de cada uno de los Estados Constitucionales.

Con la reforma al artículo 1º de la Constitución que introduce el concepto de derechos humanos, permite identificar hasta cierta medida “*derechos humanos*” con “*derechos fundamentales*”, ya que, también serán fundamentales aquellos derechos

²⁸ “No parece arbitrario atribuir a los derechos de la persona una doble naturaleza jurídica. Por un lado, a través de la disciplina de los derechos fundamentales se constitucionaliza un conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas y, por otro lado, algunos de los valores del sistema.” ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, (Traducido del Italiano por Ortega Santiago, Carlos), IIJ-UNAM, México, 2002, p. 116

²⁹ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, p.147; PECES-BARBA, G. (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate; FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, en AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y Jurídica, Problemas actuales*, Porrúa, México, 2008, p. 96.

humanos que si bien, de manera expresa no han sido reconocidos por la carta magna, lo resultan en virtud de derivar de algún tratado internacional ratificado por el Estado Mexicano. Así lo sugiere Markus Kotsur en relación al Derecho español al predicar que los derechos fundamentales deben ser un concepto también para los derechos humanos universales y señala: *“Principalmente, la idea de los derechos fundamentales debe, en el sentido de los “derechos fundamentales” españoles, impregnar el concepto y servir como término general común para los derechos humanos universales y para los derechos fundamentales positivizados a nivel interno.”*³⁰

De la misma forma Gonzalo Aguilar Cavallo estima que hoy en día no debe haber separación entre derechos humanos y derechos fundamentales; por tanto, tampoco debería haber distingo respecto a los ordenamientos normativos que los reglamentan.³¹ En la misma dirección, Jorge Carpizo considera que los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales más se acercan cada día, y llegará un momento en que sean identificados y tomados como sinónimos.³² Refiere también Aguilar Cavallo que en el ámbito internacional se ha manejado sinonimia entre derechos fundamentales y derechos humanos, sostiene que en el entorno internacional, el empleo de la expresión de “derechos fundamentales se refiere a aquellos derechos humanos estimados como inderogables e intransgredibles.”³³

Como último propósito de éste apartado será deslindar el significado actual de derechos fundamentales conforme al constitucionalismo contemporáneo para esclarecer cuáles son sus características que los distinguen.

Sobre el concepto de Derechos fundamentales, para Luigi Ferrajoli: *“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”*³⁴

Para Antonio-Enrique Pérez Luño, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados y señala que: *“son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normatividad constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.”*³⁵

³⁰ KOTSUR, Markus, *op. cit.*, p. 78

³¹ Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 19

³² CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 14

³³ Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 70.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 19.

³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

Jorge Carpizo considera que los derechos fundamentales *“son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados.”*³⁶

Riccardo Guastini considera que los *“derechos fundamentales”* son los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado. Establece además dos criterios para determinar dicho carácter; el carácter formal y el material, señala *“Son formalmente constitucionales aquellos derechos consagrados por una constitución escrita. Son materialmente constitucionales aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos.”*³⁷

Humberto Nogueira Alcalá sostiene lo siguiente: *“El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental”.*³⁸

Miguel Carbonell considera que desde el punto de vista eminentemente jurídico son derechos fundamentales *“aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado.”*³⁹

De los anteriores conceptos derivamos las siguientes características:

- a) Son derechos subjetivos;
- b) Corresponden universalmente a la persona capaz;
- c) Están reconocidos en el texto supremo de un estado (una constitución escrita) o en un Tratado,
- d) Gozan de una tutela reforzada;
- e) Están dotados de un estatuto jurídico privilegiado;
- f) Se comprenden también aquellos derechos no reconocidos en un documento constitucional, pero que impliquen una relación entre Estado y los ciudadanos.

En base a las características señaladas podemos concluir que los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que corresponden universalmente a las personas capaces, que gozan de un estatuto jurídico privilegiado por ser reconocidos y garantizados por el texto supremo de un Estado o en un Tratado, con una tutela

³⁶ CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 14

³⁷ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 222

³⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica Núm. 156*, UNAM, México 2003, p. 1.

³⁹ CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 2

reforzada; comprendiéndose también, aquellos derechos que aunque no positivizados constitucionalmente, impliquen una relación Estado-gobernado.

2.1.1 Orígenes y documentos precursores.

En cuanto a sus orígenes se remontan muy atrás en el tiempo: “basta recordar la declaración de semejanza a Dios en el Génesis 1, 27: [Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó]; la neotestamentaria declaración de igualdad que formula Pablo en su Carta a los Gálatas 3,28: [no hay judío ni griego, no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno ante Cristo Jesús].”⁴⁰

Es la dignidad humana la causa de todos los derechos sin importar su naturaleza, la fuente donde reside el contenido de cualesquiera de los derechos cuyo contenido es indispensable para el independiente y pleno desarrollo de la personalidad. La dignidad debe tenerse como “valor absoluto” de cualquier persona sin distinción.⁴¹ Jorge Carpizo señala que la dignidad de la persona es un principio superior que ningún ordenamiento jurídico del tipo que sea debe desconocer, y refiere que internacionalmente se estima que sobre el ordenamiento jurídico positivo hay principios que se cimientan en la misma persona humana, por ello la dignidad es tenida como principio universal.⁴²

En cuanto a los documentos precursores de derechos humanos, partiendo de la evolución de los conceptos: derechos naturales, derechos del hombre, derechos fundamentales, en contra de las monarquías absolutistas que imperaron, y además inspirados en el iluminismo francés donde indudablemente influyeron las ideas del derecho natural racionalista y el liberalismo, el documento de derechos individuales y políticos más importante que se obtiene es sin duda, la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano. Pérez Luño considera que “a partir del siglo XVIII en el que el concepto de derechos naturales se cambia por derechos del hombre y derechos fundamentales, que no es más que la aspiración del iusnaturalismo iluminista por la constitucionalización de dichos derechos. Dicha constitucionalización se da hasta 1791 (constitución francesa girondina) y 1793 (constitución francesa jacobina) que contienen en su texto declaración de derechos. A partir de allí, van de la mano constitución y declaración de derechos”.⁴³ Aunque debe reconocerse también que existieron algunos otros documentos que le anteceden en los que de igual manera se dio el reconocimiento de algunos de los que hoy en día consideramos como derechos fundamentales.

De manera especial, en nuestra cultura occidental podemos tomar en cuenta como precursores de nuestras modernas declaraciones de derechos a: la carta magna

⁴⁰ ALEXY, Robert, “Derechos Fundamentales y Estado constitucional democrático”, (Trad. Alfonso García Figueroa), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 32.

⁴¹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, pp. 25 y 26

⁴² Cfr. CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 5

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 33

de 1215, el *habeas corpus act* de 1679, la *Bill of Rights* de 1689, como conquistas obtenidas del pueblo para con el rey limitando al poder, pero sin reconocer derechos individuales. La declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 que señala: *Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.*⁴⁴

Sin embargo, nos refiere el mismo autor, la positivación o positivización de derechos individuales y políticos remota más importante fue la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a la que siguieron nuevas declaraciones en 1791, 1793, y en 1989.

En base a los antecedentes históricos más próximos de los derechos fundamentales, el reconocimiento que los ordenamientos positivos han hecho, buscan la acentuación de rasgos de los mismos, partiendo de esos modelos, así, Giancarlo Rolla expone que *“los derechos fundamentales subrayan los perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que han sido conculcados, por ejemplo en las Constituciones africanas, las normas que prohíben la esclavitud y segregación racial; en las Constituciones de América Latina, las que excluyen la tortura y tutelan el derecho a la vida; las Constituciones Europeas que aseguran el pluralismo y los derechos políticos.”*⁴⁵ Lo que resulta natural y evidente, pues cada ordenamiento positivo tiene antecedentes muy propios y distintos, en función de sus propios antecedentes históricos, económicos, políticos, sociales y culturales, por lo que, es entendible que la problemática más próxima en cuanto a la violación de derechos sea la que se pretende proteger de manera cabal; de tal manera que, en aquellos Estados donde se han desarrollado de mejor manera los derechos fundamentales, busquen nuevos escenarios, que quizás resulten impensables para aquellos otros Estados que han evolucionado de manera más lenta en el desarrollo de los derechos fundamentales.

Debido a la importancia que tienen hoy en día las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, por ejemplo, los Estados no pueden sustraerse a lo que acontece en el mundo jurídico actual; por ello es que dentro de los temas que en las constituciones contemporáneas existe, es una tendencia cuyo contenido –subraya Jaime Cárdenas– *“consiste en modificar la expectativa tradicional de que son, por ejemplo, exclusivamente los órganos internos los competentes para proteger derechos ciudadanos, determinadas políticas públicas, administrar y procurar justicia, y hasta legislar con efectos*

⁴⁴ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 2.

⁴⁵ ROLLA, Giancarlo, op. cit., p. 50

*vinculantes. El diseño constitucional no puede perder de vista este marco mundial, ni el aparentemente opuesto pero complementario de fortalecer regiones y ámbitos locales.”*⁴⁶

La declaración de derechos es pieza o aparatado importante en una constitución, mas sin embargo, según Sartori, no es esencial, como sí lo es la organización y la estructura del Estado.⁴⁷ Sin embargo, el que en las constituciones de los Estados contemporáneos como la alemana, italiana o española, verbigracia, se consagre la parte dogmática o de reconocimiento de derechos fundamentales, es un progreso de los Estados Constitucionales Democráticos de Derecho. Sobre el particular, Hans-Rudolf Horn alude que “la consagración de los derechos fundamentales en los textos constitucionales representa un progreso esencial, que, sin embargo, puede quedar poco efectivo, cuando no se funda en los instrumentos jurídicos efectivos para garantizarlos en la realidad.”⁴⁸ En éste sentido, la constitución mexicana de 1917, también aparece como modelo, pues en ella se contiene junto a la parte orgánica una parte dogmática en la que se expresan los derechos fundamentales, bajo la denominación de garantías individuales. En ésta dirección se expresa Giancarlo Rolla al reconocer que *–la positivización a través de catálogos más articulados y minuciosos–* es una tendencia que caracteriza a la actual fase de tutela de los derechos fundamentales.⁴⁹

2.2. La capacidad jurídica en las generaciones de derechos fundamentales

El término *generaciones de derechos humanos* señala Hans-Rudolf Horn, *tiene la ventaja de que no se trata de categorías netamente separadas, sino de un conjunto de intereses vitales, que implican también derechos de participación política en el sentido que existe una conexión entre los constitucionalismos social y participativo.*⁵⁰ Expondremos cual es la situación de la capacidad jurídica en cada uno de los escenarios posibles; básicamente lo haremos en tres generaciones de derechos según lo refieren los especialistas en el tema. Magdalena Aguilar Cuevas reconoce que la clasificación más conocida es la que distingue las denominadas *tres generaciones*, cuyo criterio en que se basa es el

⁴⁶ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime F., *Una Constitución para la Democracia*, IIJ-UNAM, México, 2000, p. 54

⁴⁷ “En la actualidad, los derechos son más importantes que nunca, pero se puede dudar de que su transformación en derechos materiales siga perteneciendo a la estructura constitucional...una Constitución sin Declaración de Derechos sigue siendo una Constitución, mientras que una Constitución cuyo núcleo y parte más importante no sea la estructura del gobierno no es una Constitución.” SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 222

⁴⁸ HORN, Hans-Rudolf, *op. cit.*, p. 416

⁴⁹ *Otra tendencia que caracteriza a la actual fase de tutela de los derechos de la persona está constituida por su especificación y positivización, es decir, por la inserción en el seno de los documentos constitucionales de amplios catálogos que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas [...] los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la constitución norteamericana y de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, p. 49

⁵⁰ HORN, Hans-Rudolf, *op. cit.*, p. 406

enfoque periódico de una cobertura progresiva.⁵¹ Podrán existir nuevas generaciones, mas sin embargo, también podrá haber capítulos pendientes de atender en las generaciones precedentes; por ejemplo, cuando Gargarella habla de los derechos de las minorías más débiles, hace notorio que el garantizar la libertad de elegir el modelo de vida que se deseé, es un tema aún pendiente de resolver, el supuesto que subraya (*Maestro, Empresaria, Modelo, prostituta*). En efecto, cuando una sociedad no es capaz de garantizar la libre elección de sus miembros para ser lo que quieran ser, atenta contra esa independencia y dignidad, ya que lo deja supeditado al absurdo sistema de incentivos o desincentivos rasgo típico de las modernas sociedades. *Verbigracia* cuando se deja de hacer algo que es preferencial para la persona, por la baja retribución que se obtendrá; o a la inversa, cuando realizas algo que no es de tu agrado más lo haces por las altas compensaciones económicas percibidas, entonces se está sacrificando la dignidad humana, tal es el caso de una *modelo o prostituta*.⁵² En el constitucionalismo contemporáneo, en efecto, está reconocida esa libertad ocupacional, más por las razones expresadas no plenamente garantizada.

2.2.1 La capacidad jurídica en los derechos de primera generación

Tienen como premisa el liberalismo que se apoya en la consideración de los diversos factores reales de poder,⁵³ cuyo reconocimiento descansa en el contrato social; “según el pensamiento liberal (desde Hobbes hasta Rousseau), el Estado se sustenta sobre la base del pacto, del convenio, del contrato en el que las obligaciones y los derechos de las partes se compensan...”⁵⁴ La categoría de derechos de primera generación, son los derechos civiles y políticos, van en función del liberalismo individualista nacido a partir de la Revolución Francesa. “Son los más antiguos en su desarrollo normativo. Son los derechos que corresponden a la persona de manera individual frente al Estado o frente a cualquier autoridad.”⁵⁵

En el Estado de Derecho liberal es donde se produce el reconocimiento de los derechos subjetivos públicos, es decir, derechos que tienen los seres humanos oponibles ante el Estado, pues se considera a éste último como sujeto pasivo de los mismos, y por tanto el único ente que puede violarlos o conculcarlos; así como también, de los derechos que tienen los individuos que poseen la categoría de ciudadanos para participar en las decisiones políticas fundamentales de un Estado

⁵¹ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, “Las tres generaciones de los Derechos humanos”, *Derechos Humanos*, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Número 30, Sección Previa, pp. 93-102, Doctrina, IIJ-UNAM, México, 1998, p. 93

⁵² Cfr. GARGARELLA, Roberto, “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad.” *DOXA No. 19*, 1996, pp. 357-372, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1996, p. 372

⁵³ LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, Editorial Cenit, Madrid, 1931, pp. 58 y 65

⁵⁴ BALBUENA CISNEROS, Arminda, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros,” *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares, Pliego Derecho*, pp. 85-106, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Guanajuato, 2006, p. 85

⁵⁵ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *op. cit.*, p. 94

determinado, a esto en su conjunto se ha denominado como “derechos de primera generación”.

En ellos, la capacidad jurídica se considera meramente como la aptitud o atributo o idoneidad de la persona para ser titular de derechos que se otorgan de forma particular o individual, y en tratándose de derechos fundamentales, los ejerce el particular como sujeto activo ante el Estado como sujeto pasivo de los mismos; derechos individuales como la vida, la libertad, la igualdad.

Desde esta visión, –considera Aguilera portales– podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre *el desarrollo histórico* de las distintas transformaciones del Estado con la *aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales*. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las Revoluciones liberales.⁵⁶ Estos derechos son netamente individualistas; entre sus particularidades tenemos que: tiene como premisa básica la libertad del individuo por lo que se prohíbe la esclavitud y por tanto, todo hombre tiene derecho a ser persona; aparecen como autolimitaciones del Estado y únicamente la constitución es la que puede señalar límites a los mismos; quien puede hacerlos valer es el individuo mismo; busca la igualdad de todo ser humano ante la ley; y se diferencia entre libertades fundamentales, por un lado, y derechos civiles y políticos, por el otro.

Estos derechos surgen con la Revolución Francesa, como subversión ante el absolutismo del rey, comprometiendo al monarca y sus órganos a respetar invariable y constantemente los derechos civiles y políticos del ser humano, tales como la vida, libertad, igualdad.⁵⁷ En ésta dirección Nogueira Alcalá precisa que es a partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que reconoce derechos civiles y políticos son considerados de *primera generación*, son “*esencialmente derechos individuales frente al Estado y Derechos políticos de participación en el Estado, se fueron nutriendo bajo el modelo norteamericano de las constituciones liberales de Europa y América Latina hasta la Primera Guerra Mundial de 1914.*”⁵⁸

En el mismo sentido se expresa el jurista español Pérez Luño quien considera que dentro de las libertades públicas están los derechos personales, civiles y políticos; las libertades públicas contribuyen al desarrollo del ser humano; los derechos civiles son facultades de los particulares ante el estado; y los derechos políticos dan la posibilidad para que el ciudadano participe en la formación de la voluntad estatal.⁵⁹

⁵⁶ AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y Jurídica*, op. cit., p. 98.

⁵⁷ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, op. cit., p. 93

⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 3

⁵⁹ En las libertades públicas encontramos a los derechos personales, civiles y políticos. “Los primeros son aquellos que permiten el desarrollo de la personalidad humana y a los que el Estado respeta un ámbito de

La primera generación constituye un primer paso muy importante en la construcción de los derechos fundamentales; en consonancia con los mismos, la capacidad jurídica como aptitud para ser titular de derechos va en función del particularismo subjetivo; esto es, los derechos se “reconocen” u “otorgan” a las personas de manera particular en función de sus circunstancias personales, pero de forma aislada en oposición a un grupo de interés; es decir, no son reconocidos aún como derechos sociales; además, en los derechos de ésta generación, se considera que son derechos “*otorgados*” por el estado a los individuos. La constitución mexicana de 1917 en su texto original señalaba en el artículo 1º “*En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías individuales que otorga ésta Constitución...*”; por lo que, se consideraba un “*otorgamiento*” de esa capacidad de goce en relación a las garantías individuales.

2.2.2. La capacidad jurídica en los Derechos de Segunda Generación.

Al Estado social corresponde la segunda generación de derechos y está conformada por “los Derechos de tipo colectivo, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Surgen como resultado de la Revolución industrial, en México, la Constitución de 1917, incluyó los derechos Sociales por primera vez en el mundo. Constituyen una obligación de hacer del Estado y son de satisfacción progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del mismo.”⁶⁰ Dicha constitución busca armonizar el liberalismo individualista con lo social.⁶¹ Por ejemplo, los derechos de los trabajadores a formar sindicatos, con derechos reconocidos de manera grupal, el derecho a la huelga. Estos derechos corresponden al llamado *Estado social* y tienen tal carácter *los derechos de grupo*, en oposición a los de primera generación, no protegen a un individuo en lo particular, sino más bien a *grupos vulnerables, grupos económica y/o socialmente débiles*, tal es el caso de los derechos que tienen los trabajadores frente a los patrones, así como los derechos de los campesinos, a fin de poner un equilibrio en esa relación de desigualdad que en su momento privaba, por ello, a través de los llamados derechos sociales,⁶² interviene el Estado para poner un equilibrio a esa relación mediante derechos económicos, sociales y culturales. Pérez Luño precisa que *los derechos sociales, culturales y económicos aparecen hasta el siglo XIX y se plasman a inicios del XX, en las constituciones mexicana de 1917, la de Weimar de 1919, española de 1931, francesa de 1946, italiana de 1947, alemana en 1949, la griega en 1975, la de Portugal*

autonomía, los civiles –basándose en Jellinek– son pretensiones o facultades jurídicas de los particulares frente a los poderes públicos; y los políticos, los que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado a través del ejercicio de determinadas funciones públicas, que es a la vez un derecho y un deber ciudadano”, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 232 y 233.

⁶⁰ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, op. cit., p. 93

⁶¹ “La constitución de 1917 señala el rumbo: defensa contra el imperialismo avasallador, sí, pero sin renunciar a nuestro ideario social; [...] pero sin claudicar de nuestro sistema liberal.” SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 950

⁶² Los derechos sociales, comprenden los derechos económicos, sociales y culturales. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 233

en 1976, y la de España de 1978.⁶³ En efecto, la constitución mexicana de 1917 fue una de las primeras en elevar al rango constitucional los llamados derechos sociales exigidos por los movimientos revolucionarios de 1910, básicamente los artículos 27 y 123, de los que se desprenden las otrora llamadas garantías sociales, fue incluso antes de la Constitución Alemana de 1919 y de la Ley Fundamental de Alemania de 1949 que es señalada como uno de los modelos del constitucionalismo social, llamado “Estado social”.⁶⁴

Así lo refiere también Humberto Nogueira quien además expresa: “Los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman al Estado de Derecho liberal en un Estado Social y democrático de derecho, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos [...] buscan asegurar condiciones de vida dignas a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basados en los valores de igualdad y solidaridad, lo que, a su vez, permite el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.”⁶⁵ También, tales derechos pueden ser considerados desde una perspectiva objetiva⁶⁶ y subjetiva;⁶⁷ bajo la primera a través de normas tendientes a evitar un desequilibrio; en el subjetivo como una facultad para aprovechar las prestaciones sociales.

La capacidad jurídica en los derechos de segunda generación, no implica un desentendimiento a lo logrado en la primera generación, sino un paso más allá, por lo tanto, sigue teniéndose como la aptitud para ser titular de derechos en función del liberalismo individualista, y el ingrediente que se agrega es el de los derechos colectivos, de grupo o sociales; mediante el reconocimiento de derechos mínimos establecidos a favor de grupos sociales vulnerables; ésta segunda categoría de derechos constituye un avance en busca de la consolidación de los derechos fundamentales, en ellos se sigue considerando al individualismo pero sin regresar, en ésta, se extiende la tutela a lo que se conoce como derechos colectivos o sociales, ello implicó un cambio del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.

No es ignorar al constitucionalismo liberal sino una expansión de los derechos al ámbito colectivo. Jorge Sayeg Helú expresa que con ellos se busca un sistema mixto

⁶³ *Ibidem*, p. 65

⁶⁴ GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “Jueces y derechos sociales en México”, *Reforma Judicial Mexicana, Revista Mexicana de Justicia*, No. 6, Sección de El Poder Judicial su Normatividad y su Función, pp. 51-65, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 53

⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 4

⁶⁶ Desde una perspectiva objetiva son “el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 49

⁶⁷ Desde una perspectiva subjetiva son “La facultad de los individuos y los grupos a participar de los beneficios de la unidad social, es decir, derechos y prestaciones por parte del poder público.” *Idem*

que conjuga el individualismo y lo social.⁶⁸ Los derechos sociales, han sido considerados por algún sector de la doctrina como derechos programáticos, no justiciables; por ende incompletos o de segundo rango. Consideran por ende, que la tarea pendiente en el constitucionalismo contemporáneo es el lograr que estén en el mismo rango que los civiles o individuales. En ésta dirección Courtis considera que de acuerdo a la historia, *los [DESC] derechos económicos, sociales y culturales* han sido percibidos como de segunda, incompletos, programáticos y no justiciables, respecto de los derechos civiles y políticos; los primeros no han tenido el peso que tienen éstos últimos, por ello la tarea pendiente es *“tomarse en serio los derechos económicos, sociales y culturales supone, por lo tanto, reestablecer la misma jerarquía normativa y el mismo valor entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.”*⁶⁹ Pisarello señala en relación al constitucionalismo liberal, que *el constitucionalismo contemporáneo* es consecuencia de la lucha de los sectores marginados del modelo, este constitucionalismo ha buscado sin éxito poner un equilibrio con libertades civiles tales como el derecho de asociación o de huelga, los derechos sociales, que no contravienen al liberalismo, sino que buscan su perfección. *“Esos derechos sociales básicos no se oponen a los derechos de libertad, sino que constituyen su natural correlato cuando ésta última se concibe no sólo en su dimensión negativa, como no intromisión, sino también en su faceta positiva, como libertad-poder.”*⁷⁰

Por lo anterior, hay juristas quienes consideran que esencialmente es intrascendente la distinción entre derechos civiles y sociales. Por que en el fondo la tutela efectiva de la totalidad de éstos últimos, es cuestionada. Christian Curtis expresa: “diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido si con ello se pretende señalar la distinta matriz regulatoria a la que responde la positivización de cada derecho. La distinción puede aportar alguna información sobre el origen histórico y sobre el contexto político-ideológico de la regulación de distintos ámbitos de interacción humana.”⁷¹ Por ejemplo, en España, el problema radica en la no fundamentalidad de todos los derechos sociales (*salvo los laborales y a educación*), la débil conexión entre derechos sociales, libertad y dignidad de la persona -como lo refiere Pisarello-, derechos de justiciabilidad o tutela judicial disminuida, sólo son derechos programáticos (órdenes al creador de la ley) que no

⁶⁸ “... escogiendo la raíz liberal de los logros progresistas, obtenidos dramáticamente a lo largo del siglo XIX, y armonizándolos con los postulados sociales que derivaran directamente de nuestro propio movimiento revolucionario, rechaza por igual socialismos totalitarios, que capitalismo desarrollistas”. SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, op. cit., p. 948

⁶⁹ COURTIS, Christian, “Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, pp. 461-488, *Derechos Económicos, sociales y culturales*, Cátedra Gerardo Molina, Editorial Kimpres Ltda. Bogotá, 2009, p. 461 y 462

⁷⁰ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático,” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 92, pp. 439-456, IIJ-UNAM, México, 1998, p. 441

⁷¹ COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2002, p. 60

tienen eficacia jurídica directa.⁷² Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, incluyendo los de tipo social, económico y cultural.⁷³

En efecto, coincidiendo con Aguilar Cuevas y Humberto Nogueira, Rafael Aguilera Portales considera que el Estado social de derecho expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, *los derechos económicos, sociales y culturales* acaecidos durante la Revolución industrial.⁷⁴ Efectivamente, ésta generación se conforma con los derechos económicos, sociales y culturales; y entre sus particularidades tenemos que: no son exigibles de manera directa, sino más bien indirecta o mediata, pues están sujetos a que en el Estado existan posibilidades económicas que las permitan llevar a cabo; buscan un mayor compromiso del estado en el sentido que lo obligan a cubrir ciertas necesidades mediante la prestación de servicios públicos; y se conforman de manera importante por todos los derechos de los campesinos, de los trabajadores, de seguridad social, de salud, vivienda y de educación. Ya que son derechos hacia los miembros más débiles de la sociedad, se violan por acción o por omisión, y los sujetos obligados son tanto los poderes públicos y los poderes privados, los derechos fundamentales no se constituyen sólo de manera vertical ante el Estado, su firmeza se dispersa también de manera horizontal ante terceros.⁷⁵ Los derechos económicos, sociales y culturales necesitan una reconstrucción garantista, ya que en ellos se advierte una “profundización democrática o regresión autoritaria, entre la tutela de la autonomía y la dignidad de todas y todos, comenzando por quienes están en mayor situación de vulnerabilidad, o el imperio descarnado de la ley del más fuerte.”⁷⁶

⁷² Vid. PISARELLO, Gerardo, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. En otro documento señala también el mismo autor: “suelen coincidir en su condición de derechos imperfectos de difícil o reducida justiciabilidad. Hay al menos cuatro clases de argumentos que suelen invocarse contra la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales. El que más peso tiene es el argumento dogmático, de derecho positivo, con arreglo al cual la tutela jurisdiccional diferenciada y debilitada de los derechos sociales sería una opción explícita del constituyente, reflejada en la Constitución española (CE, en adelante) y reforzada por la propia jurisprudencia del Tribunal constitucional (TC, en adelante). En virtud de dicha opción, los derechos sociales, con la excepción del derecho a la educación del art. 27 y los derechos laborales del capítulo II del Título I, no serían más que principios rectores de las políticas públicas, esto es, mandatos dirigidos al legislador carentes de “fundamentalidad” y de eficacia jurídica inmediata o directa”. PISARELLO, Gerardo, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español,” Recuperado el 15 de marzo de 2015, consultable en: http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf

⁷³ “la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, que es el principio cristalizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en la Declaración y el Programa de Acción Mundial adoptados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, en 1993.” COURTIS, Christian, “Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, p. 462

⁷⁴ AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y Jurídica*, *op. cit.*, p. 98

⁷⁵ Cfr. PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático,” *op. cit.*, p. 444 y ss.

⁷⁶ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales y sus enemigos: Elementos para una reconstrucción garantista”, pp. 1-17, *Los derechos sociales en tiempos de crisis* Observatori DESC, diciembre 2009, Barcelona, 2009, p. 17

En suma, la segunda generación constituye un paso firme en el desarrollo de los derechos fundamentales; así la capacidad jurídica como la idoneidad para ser titular de derechos va en razón tanto del particularismo subjetivo que ya se tenía, como de los derechos sociales. Algunas aproximaciones doctrinarias –*refiere Pisarello*–, han aceptado un trato distintivo para los derechos de libertad, estimados como fundamentales, en relación con los derechos sociales, estimados únicamente derechos condicionales sin llegar al rango de constitucionales. Esta diferencia se apoya en que los derechos de libertad tienen carácter universal y se destinan a todos, entre tanto los sociales sólo tendrían un carácter contingente, ya que se dirigen a ciertos grupos particularmente vulnerables.⁷⁷ En el caso del Estado mexicano, hemos señalado que desde la constitución de 1917 se han consagrado y su titularidad corresponde de manera especial a grupos vulnerables, por ejemplo, el derecho a la huelga, no es una facultad de un trabajador en lo individual, sino que es un derecho colectivo que compete a los trabajadores; así, los derechos de segunda generación se “reconocen” u “otorgan” a las personas de manera grupal o colectiva, empero, sus beneficiarios son todos los individuos de manera potencial, y en la medida que están consagrados en la norma suprema del Estado, por tanto son derechos fundamentales.

2.2.3. La capacidad jurídica en los Derechos de la Tercera Generación.⁷⁸

Los derechos de la tercera generación, son los que caracterizan al Estado constitucional de Derecho y se conforman por los denominados *Derechos de los pueblos o de Solidaridad*. “Surgen en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran”.⁷⁹ Derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente como derechos de los diversos grupos imprecisos de personas que comparten un interés colectivo común, dentro de un Estado. Son consecuencia de juridificación respecto a la globalización científica, económica, tecnológica y ecológica.⁸⁰

La capacidad jurídica en los derechos de tercera generación, se sustenta en el simple interés como soporte jurídico reconocido para actuar, por lo que aparece ahora

⁷⁷ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático,” *op. cit.*, p. 446

⁷⁸ “En el ámbito internacional, se ha desarrollado lo que se denomina “tercera generación” de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se encuentra el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz”, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 7

⁷⁹ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *op. cit.*, p. 93

⁸⁰ Erhard Denninger señala: “Las consecuencias de este desarrollo, de la *globalización científica* —que va por delante junto a la globalización económico-capitalista, la tecnológica y la ecológica— para una redefinición de la relación entre ciencia y política (más exactamente: del asesoramiento científico en la política y una adopción de decisiones democrática, vinculada a un «concepto de bien común» y que por tanto se manifiesta con pretensiones de justicia) ni han sido hasta ahora tratadas teóricamente lo suficiente ni siquiera se han institucionalizado en la práctica todavía. DENNINGER, Erhard, “Derecho en «Desorden» Global. Sobre los efectos de la globalización”, Traducción de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 210.

como la idoneidad o aptitud que se reconoce a la persona, para ser titular de derechos en función tanto del individualismo (interés jurídico); de los derechos sociales o colectivos (interés legítimo) y de los derechos de grupo (interese difusos o simples) donde se encuentran los derechos difusos, como *derechos de todos y de nadie en particular*, entendiendo por tales los que corresponden a un número indeterminado de personas que no conforman una agrupación reconocida por el derecho como sujeto de derechos; se pasa del interés jurídico y legítimo, al simple interés. Lo que representa la solidificación de los derechos fundamentales.

Debemos recordar que se sigue reconociendo al individualismo, lo mismo que la extensión de la tutela a los derechos sociales; en éste nuevo estadio se tutelan los derechos de grupo, lo que implica un cambio al Estado Constitucional y Democrático de Derecho; los derechos de la tercera generación tampoco implican un desconocimiento total al constitucionalismo liberal, ni al social, sino que al contrario los consolidan, y se amplía la esfera a lo que se ha denominado intereses difusos, caracterizados por ser atribuidos a personas indeterminadas no agrupadas o asociadas para la protección de sus intereses comunes; son grupos disgregados o esparcidos, tales como los consumidores, los afectados por contaminación del ambiente, los defensores del patrimonio cultural y artístico, quienes defienden el aspecto y menoscabo de determinadas zonas.⁸¹

Sobre los derechos de la tercera generación, Hans-Rudolf Horn refiere que son los *derechos de solidaridad*, que “comprenden también elementos internacionales, abarcando intereses difusos que se inspiran en principios universales cuyo respeto reclama la humanidad, como el derecho a la paz, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.”⁸² En efecto estos derechos son los correspondientes al *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*.

Rafael Enrique Aguilera Portales los comprende cuando alude a los derechos atribuibles en el Estado democrático y social de Derecho. Según Antonio Enrique Pérez Luño, el Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital.⁸³ En relación a éstas ideas, estima Aguilera Portales que “estamos [...] ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores

⁸¹ Cfr. MARTÍNEZ GEMINIANO, Crescencio, “La defensa de los Derechos Difusos en el Juicio de Amparo”, *Jus Semper Loquitur*, No. 27, pp. 18-21, Revista del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, Oaxaca, 2000, p. 18

⁸² HORN, Hans-Rudolf, *op. cit.*, p. 406

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales.”⁸⁴ La capacidad jurídica de goce en ésta clase de derechos, amplía su rango de cobertura ya que considera a la persona con aptitud para tener derechos de grupo llamados derechos difusos; estos derechos corresponden a agrupaciones indeterminadas de personas que comparten intereses de grupo, se conocen como *derechos de grupo, de solidaridad, difusos o derechos de los pueblos* y requieren de prestaciones positivas por parte del Estado y de la sociedad de dar o de hacer; entre ellos encontramos el derecho a la paz; al desarrollo armónico; a la identidad nacional; a la identidad cultural; la autodeterminación de los pueblos; a su independencia económica y política; al acceso de los avances de la ciencia y tecnología; los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida; y los derechos a un medio ambiente adecuado para que el ser humano pueda seguirse desarrollando cabalmente. En la constitución colombiana, por ejemplo, se reconoce expresamente a la paz como derecho y como deber de obligatorio cumplimiento.⁸⁵

En ésta tesitura Jaime Cárdenas considera que *“un orden constitucional que no tome en serio a los medios y a la información será un orden susceptible de ser rebasado por la realidad: un orden incapaz de regular bajo principios y organización democrática uno de los elementos clave de lo social, lo económico y lo político. Sería tanto como si tuviéramos en un país importantes partidos de masas y la Constitución –claro una constitución del sistema jurídico continental– no dijera nada al respecto”*.⁸⁶

En México, no se ha desarrollado aún de manera considerable el tema de los derechos de grupo; inclusive, se han confundido con los derechos difusos que son una especie de estos. Como referencia podemos considerar al modelo norteamericano, canadiense y a nivel latinoamericano, tenemos a Brasil como modelo, Estado que, por ser más afín a nuestra familia y cultura jurídica, pudiéramos tomar de base. En nuestro país, con la reforma judicial de 1994, “hemos vivido ese tránsito de lo singular a lo plural mediante la incorporación y posterior ejercicio de un nuevo sistema de control constitucional que quizá requiera revisarse en muchos aspectos, pero que ha sido fértil en resultados y consecuencias”.⁸⁷ En la Constitución de Brasil, los instrumentos jurídicos protectores de los derechos fundamentales son el Habeas Data, el Mandato de Injunción, la Petición de Incumplimiento de Precepto

⁸⁴ AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y Jurídica*, op. cit., p. 98.

⁸⁵ “No solo se consignó en la nueva Constitución que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, sino que tras 20 años de desarrollo legislativo y judicial de esta disposición la paz se ha procurado alcanzar aumentando la seguridad pero con cada vez mayor consciencia de la necesidad de implementar políticas de justicia social. En pocos contextos como el colombiano se ha procurado reivindicar la idea de Bobbio: “Una constitución es un pacto de paz”. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “La paz como proyecto constitucional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, n° 29. Primer semestre de 2013, pp. 137–154, Medellín, 2013, p. 137

⁸⁶ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime F., *Una Constitución para la Democracia*, op. cit., p. 54 y ss.

⁸⁷ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Medios de control constitucional, gobierno y país. De lo singular a lo plural, *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 226-235, México, 2008, p. 225

Fundamental, el Hábeas Corpus, el Mandato de Seguridad, la Acción Civil Pública, la Acción Popular.⁸⁸ Bajo la categoría de derechos de grupo; la ley brasileña considera tres especies: los derechos difusos, los derechos colectivos, y los derechos individuales heterogéneos.

a) *Los derechos difusos* son transindividuales e indivisibles, implican el derecho al medio ambiente sano, derecho a la veracidad en los anuncios publicitarios *-derechos de los consumidores-*, pertenecen a todos en la comunidad, a un grupo de gente no identificable, sin vínculos previos, sólo están relacionados entre sí en virtud del acontecimiento previo y que comparten un interés, verbigracia, vivir en el mismo vecindario, comprar el mismo producto, ver el mismo programa de televisión; pero al mismo tiempo, no pertenecen a nadie en lo particular, por ello son derechos transindividuales ya que pertenecen a la comunidad como un todo, y no a los miembros individuales de un grupo. En estos casos, la sentencia puede contener la condena la obligación para el contaminador a no depositar desechos, a instalar medidas preventivas y en su caso a reparar los daños globales causados al medio ambiente.⁸⁹

b) *Los derechos colectivos*, son también derechos transindividuales e indivisibles, pero a diferencia de los difusos, *los miembros del grupo sí están ligados unos a otros, o a la contraparte*, en virtud de una *relación jurídica previa*, por ejemplo, los *contratos de adhesión* son los mismos y aplican para cada uno de los contratos individuales, lo que provoca que la relación sea más definida. Por ejemplo los derechos que se ejercitan contra una compañía, banco, o escuela, cobran honorarios excesivos; la tutela es para evitar que cobre honorarios abusivos o ilegales.⁹⁰

c) *Los derechos individuales heterogéneos* suponen una *controversia masiva*, conformada por muchas pretensiones individuales; esto es, son los mismos *derechos individuales, pero atendibles en un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario* de los derechos individuales relacionados entre sí, en una sola acción: *La acción colectiva por daños individuales*.⁹¹

Aguilera Portales considera al Estado democrático de derecho como un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al

⁸⁸ Cfr. ARRUDA, Paula, “La protección de los derechos fundamentales en Brasil y España”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 395-440, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 395.

⁸⁹ GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil*, (Trad. Lucio Cabrera Acevedo), IIJ-UNAM, México, 2004, p. 57 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 59

⁹¹ *Ibidem*, p. 61.

poder establecido.⁹² La historia europea de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse –*expone el autor*– como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas. Desde este plano, sostiene Habermas: “El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes”⁹³

Diego Valadés resalta la importancia de la relación que se da entre los procesos normativos y culturales, así como de la relación que existe entre la cultura y los derechos fundamentales, señala que “ambos procesos (*el normativo y el cultural*) entran en sinergia y se estimulan recíprocamente. De alguna manera también puede acontecer lo contrario: en la medida que se deteriora el entorno cultural (por regresiones autoritarias, ausencia de políticas culturales adecuadas, y deficiencias institucionales, por ejemplo), o las funciones normativas se ven entorpecidas (el estado de derecho se ve condicionado por tensiones políticas no resueltas, diseños constitucionales insuficientes, crisis de naturaleza económica o social que afectan los procesos institucionales, y corrupción por ejemplo), se advierte un retroceso de los derechos fundamentales [...] “Es evidente que existe una relación directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales, que no hace sino confirmar empíricamente la teoría häberliana”.⁹⁴

También como temas que deben ser abordados en las constituciones contemporáneas según Jaime Cárdenas están los siguientes: “Las organizaciones ciudadanas, sus métodos, procedimientos y acción también deben ser previstos por un marco normativo [...] Las organizaciones no gubernamentales cuando se organizan y actúan en el tejido social y político no pueden escapar como el resto de las organizaciones a la tutela del derecho y a la fiscalización democrática por parte de los órganos del estado ... Las bases para un desarrollo sustentable también deben preverse en la constitución.”⁹⁵

En síntesis, la tercer generación de derechos fundamentales constituye el afianzamiento en el desarrollo de los derechos fundamentales; el papel que juega ahora la capacidad jurídica como la idoneidad para ser titular de derechos, sigue estando en función tanto del liberalismo individual llamado particularismo subjetivo; de los derechos sociales; y ahora ampliándose a los derechos de solidaridad o difusos. Esto implica una mayor capacidad de goce, ya con ésta nueva categoría de derechos, el derecho positivo considera una forma especial de capacidad de goce ampliada, por seguirse confiriendo al individuo en particular; pero también como un derecho acción grupal. Cada uno de los citados derechos, presupone los conceptos respectivamente

⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁹³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

⁹⁴ VALADÉS, Diego, “Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio de HÄBERLE, Peter,” *El Estado Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 61.

⁹⁵ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime F., *Una Constitución para la Democracia*, op. cit., pp. 53 y 54

de interés jurídico, interés legítimo y ahora de un simple interés para ésta última categoría de derechos fundamentales; por ello, por estar reconocidos todas esas generaciones de derechos en la norma fundamental, son auténticos derechos fundamentales, que implican a su vez una capacidad de goce más amplia de los mismos ya que el horizonte de goce se ha extendido a ésta nueva categoría; sin embargo, para poder hacerlos valer, deberá además justificarse el tipo de interés que para cada caso de los mencionados requiere el ordenamiento jurídico. Estos derechos dan lugar a acciones de tipo colectivo.

2.3. Internacionalización de los Derechos Humanos.

El jurista español Antonio-Enrique Pérez Luño precisa que *en su proceso evolutivo, el último nivel que han alcanzado los derechos humanos se da en el siglo XX, y es su internacionalización, que es el reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el derecho internacional.*⁹⁶ Su internacionalización se justifica por la necesidad imperante ante marcados abusos por parte de algunos Estados que de facto se mostraban renuentes en reconocer y/o respetar los derechos humanos, sobre todo cuando se trataba de derechos de los no nacionales, en efecto hablamos del reconocimiento y/o respeto de los derechos humanos, pues algunos países, a pesar de que se habían pronunciado sobre el reconocimiento de los mismos, en muchas ocasiones no los respetaban, o peor aún, países que se jactaban de reconocerlos y respetarlos, en la existencia real no sucedía así, tal es el caso de la Alemania Nazi para con los judíos, el Apartheid de segregación racial en Sudáfrica y Namibia, o recientemente los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso de prisioneros de Guantánamo, del genocidio de la población tutsi en Ruanda, por citar algunos ejemplos; por ello fue que se pretendió que fueran a un ámbito más amplio del que corresponda a cada Estado, de allí la internacionalización de los mismos.

Sobre este particular, Nogueira Alcalá nos describe puntalmente que:

“con la Segunda Guerra Mundial se constató la violación sistemática de derechos humanos por el poder estatal, se hace necesaria la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los mismos, que además por ser inherentes a la dignidad del ser humano debían superar al plano meramente estatal, no se trata de una concesión que el Estado pueda otorgar o quitar, por ello el surgimiento de la internacionalización de los derechos humanos y su protección, que se ha ido perfeccionando paulatinamente, positivándose como límites a la soberanía y al poder del estado en diversos tratados y convenciones tales como la Convención de la Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929 y más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 41.

*guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.*⁹⁷ Así mismo, sigue expresando que: *“el 2 de mayo de 1948 fue adoptada en el ámbito americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precediendo en algunos meses a la adopción, por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.”*⁹⁸

Además de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, tenemos como instrumentos internacionales: a la Convención de la Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

Por otro lado, el tema de los derechos fundamentales, aunque se han desarrollado en la tradición jurídica de occidente, tienen enfoque universal, por ello es que no son exclusivos de occidente o de las familias jurídicas *romano-germánicas* o del *common law*, hay fuertes impulsos para la generalización de los derechos fundamentales; las constituciones de diversas familias jurídicas, incluso de diferentes áreas culturales y geográficas han procurado consagrar a los derechos fundamentales como elemento de contenido de las mismas; así como implementar instrumentos y órganos que se encarguen de su cuidado y preservación.⁹⁹

El desarrollo y difusión de los derechos fundamentales, bajo la acepción neoconstitucionalista *en América Latina* ha sido muy pobre; y dentro de América latina aún, *México* es de los países que han tenido un rezago considerable, sobre todo por la arraigada cultura del positivismo jurídico letrístico que está muy arraigada en países como el nuestro, aunque la tendencia es el pasar al modelo de los Estados Constitucionales de Derecho, realmente estamos en estados legalistas donde se le da un valor inmenso a los textos normativos en los que el principio de legalidad y las leyes, son todavía una panacea. Todavía, en los discursos políticos de los Poderes Ejecutivos y sus autoridades, de los parlamentos y poderes legislativos, y muchos jueces aun, siguen enarbolando al Estado de Derecho y al Principio de legalidad, cuando en realidad, el modelo actual es el de los Estados constitucionales, en los que se ha sido sustituido el Principio de “Legalidad” por el de “Constitucionalidad”, y lo

⁹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 5

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ *Cuando se asumen como base del análisis las tradicionales divisiones en familias jurídicas elaboradas por la doctrina comparada, se comprueba que las nuevas Constituciones de Estados pertenecientes a diferentes áreas culturales y geográficas, tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto al elenco de una vasta gama de derechos fundamentales y a la individualización de instrumentos específicos y de órganos para su tutela.* ROLLA, Giancarlo, op. cit., p. 37 y ss.

más triste aún, que en la mayoría de las Escuelas y Facultades de Derecho mexicanas, se sigue formando a los futuros juristas con esa visión paleo-iuspositivista, como la califica Ferrajoli.

César Landa apunta que en Latinoamérica, el impulso doctrinal y jurisprudencial alusivo a los derechos fundamentales aún es muy débil, debido al raigambre cultural del legalismo positivista *“caracterizado por una supervaloración normativa en detrimento de la realidad de los derechos humanos y de una subordinación del derecho al poder político y económico de iure o de facto.”*¹⁰⁰ En este rumbo Giancarlo Rolla considera que la globalización no sólo ha quedado en el plano económico y financiero; estima que también se ha extendido a la estructura de la constitución y a los derechos humanos *“como si éstos últimos representasen incluso una “ideal moneda única”, de curso legal en la mayor parte de los ordenamientos.”*¹⁰¹

El fenómeno de la globalización ha influido mucho en el desarrollo de los derechos fundamentales y derechos humanos; a través de los tratados, acuerdos o alianzas entre Estados, sobre todo en materias económicas, tales como el libre comercio, acuerdos migratorios, entre otros, se ha buscado el que los Estados participantes tenga bases jurídicas parecidas, con el fin de que se pueda garantizar el ejercicio de derechos fundamentales de los particulares por todos los Estados signantes; y no en pocas ocasiones han sido el resultado de la presión de la comunidad internacional o como el producto de la condición exigida para que un Estado no quede señalado o quede excluido de beneficios o en acuerdos de tipo internacional.

Peter Häberle considera que el Estado constitucional introduce los derechos humanos de una manera sui géneris, transformándolos en fines de la educación, para poder educar a los ciudadanos a partir de su juventud, para ser *“ciudadanos del mundo”*.¹⁰² La educación a todos los gobernados en materia de derechos humanos, es uno de los temas que debe atender prioritariamente todo Estado neo-constitucionalista. Advertimos que es muy amplio el concepto Haberialiano de *ciudadanos del mundo*, ya que hoy en día el tema de la ciudadanía supone el vínculo del ciudadano con un Estado determinado a través de una serie de prerrogativas exclusivas; sin embargo, en virtud de la globalización se están produciendo cambios en las sociedades contemporáneas, las sociedades de hoy son heterogéneas y en ellas predomina la pluralidad cultural debido a que, un elevado número de personas vive en otros países o regiones distintos a las de origen y exigen también una mayor participación en la vida política, como habitantes de otros estados o regiones. Así las cosas, *la capacidad de goce de derechos políticos o derechos del ciudadano tiende que*

¹⁰⁰ LANDA ARROYO, César, “Teorías de los Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 6, Enero-junio de 2002, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 50

¹⁰¹ ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, p. 40

¹⁰² Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 177.

extenderse hacia nuevos horizontes más amplios; tendría que reformularse el concepto de ciudadanía para que exista correspondencia con lo que Häberle considera ciudadanos del mundo.

2.4. Interpretación de los derechos fundamentales.

En materia de derechos fundamentales, la exégesis subsuntiva da lugar a la interpretación apoyada en principios; sobre el particular Lourdes Santos expresa: “el significado de los textos jurídicos no es claro ni unívoco, debido a la textura abierta que reviste el lenguaje en el cual aparecen formulados”. El juez de ser el vocero de la ley, ahora tiene una participación más activa “**la función jurisdiccional deja de ser mecánica y deviene interpretativa.**”¹⁰³ Para efectos hermenéuticos, los derechos fundamentales son concebidos como un sistema; las tradicionales reglas hermenéuticas empleadas para la interpretación de la ley (reglas) no pueden ser aplicadas a cabalidad en tratándose de los derechos fundamentales, temas como el de la ponderación por la subsunción, por ejemplo, son una muestra de ello; por ello, para fines interpretativos se consideran como un sistema, sobre el particular –Pérez Luño apunta– “esta idea de orden y regularidad, que irradia del conjunto normativo para proyectarse en sus partes integrantes, es la que permite concebir los derechos y libertades constitucionales como un sistema y, de este modo, abordar su proceso hermenéutico como búsqueda del sistema, o unidad de sentido sistemático, de las normas singulares formuladoras de cada derecho fundamental.”¹⁰⁴

Referente a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Aguilera Portales afirma su naturaleza *pre y supra estatal*,¹⁰⁵ la doctrina tradicional se ha pronunciado sobre lo inderogables e intocables que son tales derechos.¹⁰⁶ Con el nuevo paradigma, la *constitución* aparece *como criterio hermenéutico* para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución. Se busca también erradicar la hiper-reglamentación que hoy existe, la aminoración en la densidad normativa, en aras de un *constitucionalismo interpretativo* abierto a todos, que la interpretación de la constitución sea considerada como una forma de participación ciudadana.

¹⁰³ SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, “Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 667-672, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 669. En el mismo rumbo Francisco Tortolero nos explica: “El intérprete constitucional pasa de ser un “aplicador mecánico” a un “intérprete de principios”.” TORTOLERO CERVANTES, Francisco, “La flexibilización de los intérpretes constitucionales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares, Pliego Derecho*, pp. 43-58, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Guanajuato, 2006, p. 45

¹⁰⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, UNED *Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp. 495-511, Madrid, 2007, p. 497

¹⁰⁵ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría Política y Jurídica*, Op. cit., p. 99.

¹⁰⁶ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Estado Constitucional, Derechos Fundamentales e interpretación constitucional, *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual, contexto y crisis de las instituciones contemporáneas*, pp. 19-38, Fondo Editorial Jurídico, Monterrey, 2005, p. 26

Para Rudolf Smend, la interpretación de los derechos fundamentales debe tomarse en cuenta la *dimensión normativa-integradora-cultural*.¹⁰⁷ Para Smend, “Los derechos fundamentales regulan relaciones de derecho privado, de derecho administrativo, de derecho penal, no en virtud del derecho privado, del derecho administrativo, del derecho penal sino en virtud de la Constitución... La Constitución es malentendida e infravalorada si se la interpreta como que presupone al Estado como una realidad fija no conceptuable y como que le da ahora determinados órganos jurídico-societarios de formación de la voluntad y le traza determinados límites a través de los derechos fundamentales. Más bien, regula la Constitución su verdadera sustancia misma, que no es una existencia inmóvil o una relación existente, sino simplemente vida que fluye, que se renueva constantemente. La Constitución da a esta vida formas en cuya actualización tiene esa vida su única realidad, en las que se renueva, pone a todos los nacionales una y otra vez de nuevo en relación real consigo (primera parte de la Constitución de Weimar).”¹⁰⁸ El Estado más que una persona moral, es una realidad espiritual integrada; por ello, para la interpretación de los derechos fundamentales, debe considerarse también un derecho constitucional no escrito, que integre y conecte a la “realidad” con el “Derecho”.

Para Peter Häberle cuando alude a *la dimensión cultural de la constitución*, como elemento para el buen funcionamiento de las instituciones, considera que “*La constitución es cultura*,” no se conforma sólo de ingredientes jurídicos cuyos destinatarios naturales son los juristas; la concepción Haberliana sostiene que la interpretación no es exclusiva de ellos, sino que también es para los no juristas.¹⁰⁹ Por ende, en ésta concepción, el entendimiento constitucional no es exclusivo de los juristas, sino se extiende también a todos los ciudadanos que también la interpretan.

Si el neoconstitucionalismo pretende romper con los métodos de interpretación tradicionales que ha impuesto el positivismo jurídico formal; ahora con el nuevo modelo, se pretende que la interpretación constitucional se efectúe conforme a valores y principios que emanan de ella misma, teniendo como principio fundamental el de la dignidad humana y a los principios de igualdad, libertad, seguridad jurídica; buscando la convergencia de la validez formal e intrínseca o material de las normas. Los derechos fundamentales si bien es cierto, son establecidos en el texto constitucional; también lo es que pueden ser encontrados y se van descubriendo en base a métodos de interpretación jurídica abiertos como la extensiva,

¹⁰⁷ La teoría de la integración de Rudolf Smend, se propone la interpretación de los derechos fundamentales como factores de integración, en clave *científico-espiritual, contexto cultural e integradora*. “*El modo adecuado de cultivar teóricamente este sistema cultural sería un desarrollo científico-espiritual de este sistema como un conjunto espiritual fundamentado históricamente y condicionado espiritualmente*.” SMEND, Rudolf, “Libertad de expresión de ciencia y cátedra”, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, (Trad. Joaquín Brage Camazano), UNAM, México, 2005, p. 4 y 8.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 6

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *op. cit.*, p. 25

sistemática, teleológica; por lo que, gracias a éstos métodos se irán reconociendo nuevos alcances de los derechos fundamentales. *Lo anterior implica que la capacidad jurídica en consonancia va teniendo nuevos matices acordes a los alcances de éstos últimos y por lo tanto se va ensanchando.*

La interpretación conforme, implica que en tratándose de los derechos fundamentales, la interpretación debe ser de acuerdo a la norma fundamental del Estado, a los tratados; así como a los principios y valores que de ellos subyacen.

La ponderación es un término novedoso que ha implementado el neoconstitucionalismo; ésta supone una labor que depende de juicios de valor elaborados principalmente por el juzgador; el ponderador deberá partir de los principios y valores que derivan de la norma fundamental, y además basado en una interpretación y argumentación jurídicas apropiadas; por ello es que la ponderación no puede ser arbitraria e inapropiada, sino racional y objetiva, conforme a los principios y valores más idóneos en función de las circunstancias que en cada caso se vayan presentando. Señalábamos que la ponderación es una opción propuesta por la nueva corriente filosófica, pero a la ponderación se recurre cuando hay oposición entre principios de la misma jerarquía; ya que si fueran de diversa, se impondría el de más peso. El jurista italiano Silvio Gambino considera que para efectos interpretativos no debemos basarnos absolutamente en todos los principios y derechos fundamentales, sino únicamente en su contenido esencial.¹¹⁰ Ese contenido esencial es el que se puede irradiar de todo el sistema y categorías de derechos fundamentales.

Antonio-Enrique Pérez Luño, propone que la interpretación en tratándose de derechos fundamentales sea de tipo sistemática *“los derechos fundamentales –el de su contenido esencial–, indica que tal contenido «puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás.»*¹¹¹ Nosotros estamos de acuerdo en ello; sin embargo consideramos no debe ser exclusivamente sistemática; ya que, éste método interpretativo si bien, puede ser la base, no impide que a la vez se recurra a otros métodos como la interpretación axiológica, extensiva, y la teleológica, que son compatibles con la primera. La interpretación extensiva- sistemática conlleva al planteamiento y desarrollo de nuevos matices de los derechos fundamentales, que erróneamente pudiera entenderse como una ampliación de los mismos; por ello, la capacidad de goce también deberá entenderse de manera armónica con el alcance, que en base a esa interpretación vayan teniendo los derechos fundamentales.

¹¹⁰ “acogemos aquellas interpretaciones, autorizadas, que localizan como principios fundamentales y supremos no todos los principios y derechos fundamentales positivizados en el texto constitucional, sino únicamente su «contenido esencial».” GAMBINO, Silvio, “La protección de los derechos fundamentales”, (Traducido del italiano por Sánchez Barrilao, Juan Francisco), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, Julio-Diciembre de 2007, 189-241, Universidad de Granada, Granada, 2007, p. 194

¹¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, *op. cit.*, p. 498

Si los derechos fundamentales son autosuficientes por ser previos al reconocimiento estatal y son derechos de máximo rango (de naturaleza supraestatal); por ello inderogables,¹¹² esta autosuficiencia ha sido defendida por un corriente iusfilosófica amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas. Como afirma Werner Kagi “es una realidad que los “derechos fundamentales” –si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional- son mejor defendidos por el “*Rule of law*” inglés que por cualquier Constitución.¹¹³ Por ello, considera Aguilera Portales que estamos ante dos modelos de interpretación jurídica totalmente diferentes, por un lado el “*Common Law*” y, por otro, el *modelo continental europeo* que busca la protección de los derechos fundamentales mediante el principio de supremacía constitucional.

En México, –precisa Aguilera Portales– “la Constitución se ha caracterizado por tenerse más como *fenómeno político* que como fenómeno jurídico. Esto [...] ha impedido que los investigadores y juristas la vean desde su dimensión normativa-constitucional y, mucho menos, desde una *dimensión normativa-integradora-cultural* como la que proponen Rudolf Smend o Peter Häberle.”¹¹⁴

Antonio-Enrique Pérez Luño reitera que la sistematización –*dimensión sistemática*– de los derechos fundamentales como un orden y regularidad que irradia del conjunto de normas, es su garantía de seguridad jurídica; ya que esa sistematización, primero facilita el conocimiento de los mismos; y luego permite una interpretación y aplicación adecuadas, basadas en criterios precisos, racionales y más objetivos.

“El tema de la interconexión orgánica y finalista de los derechos fundamentales, es decir, su dimensión sistemática, ha suscitado un interés creciente en la dogmática constitucional de los últimos años. No en vano, el proceso de sistematización de los materiales normativos es un fenómeno paralelo al de la formación del Estado moderno, que ha ido adquiriendo progresiva importancia en la medida en que ha crecido el número y complejidad de las reglas integrantes del derecho positivo estatal. De ahí que precisamente la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un

¹¹² AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría Política y Jurídica*, Op. cit., p. 99.

¹¹³ KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, (estudio preliminar Francisco Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005, p. 215, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Estado Constitucional, Derechos Fundamentales e interpretación constitucional, *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual, contexto y crisis de las instituciones contemporáneas*, pp. 19-38, Fondo Editorial Jurídico, Monterrey, 2005, p. 26

¹¹⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría Política y jurídica*, op. cit., p. 101

conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar.”¹¹⁵

Muy parecido a lo que señala Pérez Luño quien parte de una “dimensión sistemática”, Kotsur los concibe como “una institución”. En efecto, los derechos fundamentales vistos desde una perspectiva institucional según Kotsur, operan como principios objetivos y culturales del ordenamiento jurídico, como idea del ordenamiento para los ámbitos vitales marcados por ellos. Conforman las pautas a las que debe orientarse todo comportamiento humano dentro de la comunidad de derecho en un sentido primeramente muy general.¹¹⁶

En suma, esa sistematización o institucionalización permite el conocimiento de los mismos, permite que sean tomados como principios objetivos y culturales del ordenamiento jurídico, marcando pautas que guían el comportamiento de todas las personas; posibilitando una interpretación y aplicación basadas en criterios racionales y objetivos.

2.5. Concepción de Luigi Ferrajoli.

Ante la pregunta de *¿cuáles son los derechos fundamentales?* Luigi Ferrajoli precisa que los derechos que por su importancia *deben ser garantizados* son aquellos cuya *defensa* es necesaria para la paz, los derechos *de igualdad de las minorías* que garantizan un *pleno multiculturalismo* y los derechos que *protejan a los débiles* frente al más fuerte.¹¹⁷

Luigi Ferrajoli nos propone tres respuestas sobre los derechos fundamentales, con ello pretende responder *¿qué son?* Y *¿Cuáles son?* La primera respuesta es en base a la teoría del derecho; la segunda conforme al derecho positivo o dogmática; y la tercera ajustada a la filosofía política. El citado autor en efecto señala:

La primer respuesta: *“Desde la teoría del derecho, nos responde el ¿qué son? son los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.*

La segunda respuesta, *conforme al derecho positivo, es decir la dogmática constitucional o internacional, en el ordenamiento italiano o alemán, son los derechos universales e indisponibles establecidos por el sistema italiano o alemán. Son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los derechos Humanos de*

¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, *op. cit.*, p. 497

¹¹⁶ KOTSUR, Markus, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *op. cit.*, p. 113

1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre derechos humanos.¹¹⁸

Y por último, la tercera respuesta se vierte de acuerdo a la filosofía política, que responde *¿Cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales?* Ferrajoli Basado en criterios meta-éticos y meta-políticos para poder identificarlos racionalmente. Se basa también en tres criterios axiológicos: el primero es el nexo entre derechos humanos y paz; el segundo, el nexo entre derechos e igualdad; y un tercero, el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil, al respecto nos dice:¹¹⁹

“El primero, el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. Todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo, el nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales –de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales [...] – y en segundo lugar la igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

*El tercero, el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente”.*¹²⁰

Las contradicciones de la globalización, como fenómeno ambivalente, no sólo se dan en el ámbito económico (*finanzas, comercio y mercados*); sino también en lo social, cultural y político, “a la par que abre nuevas oportunidades para el crecimiento y la prosperidad, está dando lugar a nuevas formas de exclusión y desigualdad desconocidas en el pasado”.¹²¹ Ante la pregunta ¿qué hacer frente al desafío del mercado global y los particularismos? Ferrajoli considera que el Estado no sólo debe garantizar los derechos fundamentales frente a lo público, sino también

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *op. cit.*, p. 116.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹²⁰ *Idem*

¹²¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 639-666, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 639

frente a lo privado,¹²² incluyendo los derechos sociales y el marco del derecho internacional, para así combatir la crisis del constitucionalismo frente a una globalización sin reglas ni controles que acentúa las diferencias entre las personas.¹²³

Ferrajoli considera que hay una relación de suma importancia entre los derechos fundamentales con la paz,¹²⁴ ya que si no se garantiza la paz surge el conflicto del que se derivan conculcaciones graves a los derechos fundamentales; para conseguir la paz se requiere no sólo el reconocimiento de derechos de primera o segunda generación, que de alguna forma ya han sido consagrados en la mayoría de los cuerpos constitucionales de los Estados, nos referimos a los derechos de tercera generación respecto de los cuales hay aún una gran tarea por realizar tales como: derecho a la supervivencia, a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la previsión social, al medio ambiente, los derechos de las minorías, entre otros.

Por último, Ferrajoli determina que hay una relación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantismo de los derechos fundamentales, *“la paz social en tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más las garantías de los derechos vitales están extendidas y son efectivas”*.¹²⁵

El concepto más generalizado y que sirve de base para el análisis de ésta investigación es donde Ferrajoli refiere que *son todos aquellos derechos subjetivos que le corresponden universalmente a “todos” los seres humanos que tengan el estatus de persona (ciudadanos y capaces de obrar) previsto previamente por una norma positiva preferentemente constitucional, como presupuesto de su idoneidad para ser titulares de*

¹²² En este mismo sentido Diego Valadés escribe: “La naturaleza de la sociedad contemporánea presenta nuevos desafíos para el concepto tradicional de Estado de derecho. En nuestro tiempo, ante la aparición de una especie de Estado intangible, se hace necesaria la defensa de los derechos fundamentales también ante los particulares [...] es demostrable que no solamente los órganos del poder estatal pueden infligir perjuicios e infringir derechos fundamentales [...] El reconocimiento de éste fenómeno ha generado dos modalidades de respuesta: previsiones constitucionales expresas en cuanto a la procedencia del amparo contra particulares (Argentina, Colombia) [...] En Estados Unidos se ha recurrido a la ficción de la “acción estatal” indirecta para proteger derechos individuales frente a particulares...” VALADES, Diego, “Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio de HÄBERLE, Peter,” *El Estado Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 61

¹²³ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *Op. cit.*, p. 113

¹²⁴ La paz interna se asegura por la garantía de todos los derechos, la violación sistemática justifica el conflicto y hasta el ejercicio del derecho de resistencia. Según el paradigma Hobessiano y paleoliberal son: derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, contra la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Pero también son los derechos sociales a la supervivencia: a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la previsión social – de cuya satisfacción dependen, en las sociedades contemporáneas los mínimos vitales. *Ibidem*, p. 118

¹²⁵ Sobre la paz internacional, la paz entre los Estados –señala Ferrajoli que– requiere reformas y garantías institucionales, el correlativo desarme de los Estados y el monopolio de Fuerza por una ONU democrática, de un Tribunal Penal Internacional que sancione las violaciones más graves a los derechos humanos. FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *Op. cit.*, p. 119

situaciones jurídicas y/o autores de los actos que son ejercicio de éstas."¹²⁶ A partir de éste concepto se hace el análisis ferrajoliano de derechos fundamentales.

Ferrajoli en el concepto anterior entre otros, hace uso de los términos "status" y "capacidad" conceptos con los que comenzamos el análisis y que precisamente justifican esa propuesta de "bidimensión de la capacidad" que es un tema que tocaremos en el siguiente capítulo, pero brevemente, como acotación significa que la debemos enfocar tanto como atributo de las personas, y como un elemento de validez necesario para la existencia perfecta de los actos jurídicos. Bajo la primera dimensión, tenemos que, dentro de los atributos que tienen las personas, encontramos a la capacidad jurídica¹²⁷ entendida como, la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones; así como la posibilidad de que el sujeto pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo.

En el derecho romano, hemos señalado que se parte del triple status; por tanto, en función de ello se daban capacidades de goce diversas según que se tuviera uno o más estatus. El derecho moderno en cambio, se basa en una categorización de las personas distinta, hoy en día ya no se habla de los *status* sino más bien de la *capacidad* jurídica y capacidad de obrar, o si se prefiere, capacidad de goce y de ejercicio. En nuestros días no son reconocidas jurídicamente como instituciones ni la *esclavitud*, ni la *muerte civil*, por ello decimos que en la actualidad todo ser humano es persona jurídica y por ende capaz.

El que Ferrajoli utilice el término *status* no representa problema alguno, puesto que ese status equivale a la capacidad jurídica, se afecta el status cuando el ordenamiento jurídico ante situaciones particulares restringe ciertos derechos a determinados sujetos, equivale a la restricción de la capacidad, o incapacidad para tal o cual conducta. El status o capacidad como la denominamos, es el atributo esencial, inherente de las personas, el más importante pues ayuda a definir las desde la óptica del derecho.

Cabe hacer el siguiente señalamiento; cuando Ferrajoli, en su concepto de derechos fundamentales se refiere a la *capacidad de obrar* (capacidad que en México le conocemos como *capacidad de ejercicio*), ésta se identifica con los llamados *derechos secundarios o de autonomía*; y cuando se refiere a los derechos primarios o sustanciales, en ellos comprende a lo que en la *tradición jurídica romano germánica* se conoce como capacidad jurídica (que en México es conocida con el nombre de *capacidad de goce*).

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37

¹²⁷ Cfr. Los demás atributos son el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio, y exclusivamente para las personas físicas, el estado civil. Dentro de la capacidad como atributo tenemos lo siguiente: "Uno de los atributos de la personalidad, es precisamente lo que se denomina "capacidad de goce"; es decir, la posibilidad de ser titular de derechos. Pero ser titular de derechos no implica necesariamente el que esté habilitado para ejercitarlos personalmente. Esta posibilidad es lo que se denomina "capacidad de ejercicio". DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, Santiago, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2005, p. 122.

Estas consideraciones parten de la concepción ferrajoliana de derechos fundamentales, así como a la clasificación que más adelante expone Manssini, y que deriva del mismo concepto. Estos llamados derechos *primarios o sustanciales* son los derechos que corresponden a todos (capacidad jurídica) dentro de los que se incluyen los derechos de la personalidad. Los primeros, que son los llamados derechos secundarios o de autonomía, sólo a quienes tienen capacidad de obrar.

Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón*, establece también, que los derechos fundamentales están estructurados desde el punto de vista formal como aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal¹²⁸ e indisponible *a todos los sujetos en cuanto personas con capacidad de obrar*.¹²⁹ Aunque cabe aclarar que la universalidad que aparece en la definición, no debemos entenderla en términos absolutos, sino más bien referida a la “clase de sujetos a quienes corresponde la titularidad que la norma refiere.”¹³⁰

En un concepto casi parecido al anterior, pero con más elementos explicativos Ferrajoli precisa que *“son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”*¹³¹

Son derechos subjetivos de asignación universal con restricciones en algunos casos, cuando no se sea ciudadano o cuando no se tenga la capacidad de obrar, así del referido concepto Miguel Carbonell destaca tres elementos: a) son derechos subjetivos públicos, b) son universalmente adscritos a todos en cuanto a su calidad de personas, y c) pueden estar restringidos por no contar con el status de ciudadano o de persona con capacidad de obrar;¹³²

Sobre el análisis del concepto ferrajoliano nos –indica Manssini–, “apela a un cuantificador lógico y a un concepto jurídico fundamental. El *cuantificador lógico* es el enunciado de las proposiciones universales: “*todos*”; el *concepto jurídico fundamental*

¹²⁸ La universalidad ha sido una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales en América Latina: Apuntes para una discusión*, Pensamiento Constitucional Año XIV, No. 14, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1998. p. 879

¹³⁰ MANSSINI-CORREAS, Carlos I., *El fundamento de los Derechos humanos*, Persona y Derecho, No. 61, pp. 227-247, Universidad de Navarra, Navarra, 2009, p. 230.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, op. cit., 2005, p. 19.

¹³² CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, op. cit., p. 12

es el derecho subjetivo.”¹³³ “El cuantificador lógico permite distinguir entre *los que son y los que no son derechos fundamentales*. Es decir, los derechos al ser universales y al establecer que son de “*todos*”, constituyen elementos de distinción entre los derechos fundamentales y los que no son derechos fundamentales. Pero *¿quién son todos?* Ferrajoli responde que aquellos a “*quienes su titularidad esté normativamente reconocida*”. Y normativamente reconocidos están aún vigentes dos tipos de status: la ciudadanía y la capacidad.”¹³⁴

Las distinciones entre ciudadanía y capacidad cada una de ellas permiten identificar a los derechos fundamentales. Según Moreno Cruz,¹³⁵ las referidas distinciones dan dos divisiones para identificar a los derechos fundamentales. Una primer división será: *ciudadanos y no ciudadanos* (por eso habla de todos o solo los ciudadanos). El “*todos*” abarca los derechos de la personalidad, el “*sólo*” es privativo de los ciudadanos (derechos de ciudadanía). Si no se es ciudadano se pertenece al “*todos*” y se tiene un derecho de la personalidad. Si eres ciudadano, posees derechos de la personalidad y además de ciudadano. La segunda división: descansa en si se *es capaz de obrar o no se es capaz* de obrar. Si no se es capaz de obrar sólo se acoge a los derechos primarios¹³⁶ (integrados sólo por expectativas, permiten disfrutar de la libertad); si se es capaz de obrar corresponderán derechos secundarios (formados por expectativas –tanto positivas y negativas– y poderes, te permiten ejercer por ti mismo tus derechos –privados o políticos–). El mismo análisis pero hecho por Massini-Correas desprendemos la siguiente clasificación de los derechos fundamentales:

Basado en el esquema ferrajoliano, Manssini nos propone la siguiente clasificación:¹³⁷

1. *Derechos de la personalidad* (corresponden a todas las personas); y

Derechos de la ciudadanía (corresponden sólo a los ciudadanos)

2. *Derechos primarios o sustanciales* (corresponden a todos);

Derechos secundarios o de autonomía (corresponden sólo a los que tienen capacidad de obrar)

¹³³ MORENO CRUZ, Rodolfo, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli, Lineamientos generales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, IIJ UNAM, No. 120, México 2007, pp. 825-852. p. 831

¹³⁴ *Idem*

¹³⁵ *Idem*

¹³⁶ “Los derechos fundamentales tanto en su versión positiva como negativa –Ferrajoli llama a éstas, con el nombre de garantías primarias–”. DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., “Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli”, *Opinión Jurídica*, Vol. 6, No. 12, pp. 189-204 Universidad de Medellín, Medellín, 2007, p. 197

¹³⁷ MANSSINI-CORREAS, Carlos I., *El fundamento de los Derechos humanos*, Op. cit., p. 230

3. Derechos humanos; derechos primarios de las personas y que se adscriben a todos los seres humanos.

Derechos Públicos; reconocidos sólo a los ciudadanos.

Derechos civiles; corresponden a todas las personas capaces de obrar.

Derechos políticos; derechos secundarios reservados a los ciudadanos capaces de obrar.

Tocante al concepto de derecho subjetivo que se desprende del concepto ferrajoliano de derechos fundamentales, y como lo expresa Ferrajoli: *“cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”*. Es de resaltar lo siguiente: utiliza el término expectativa, en lugar de “facultad” que es la concepción generalizada, pues como sabemos, la tradicional concepción de derecho subjetivo es considerarlo como una facultad que emana del propio ordenamiento jurídico para que el sujeto titular del mismo, haga o deje de hacer la conducta prescrita en la norma, lo que implica la llamada *facultas optandi* es decir, la facultad que tiene el titular del derecho para optar entre el ejercicio o no de esa facultad.

Pero ¿Porqué Ferrajoli emplea el término “expectativa” en vez del término “facultad”?¹³⁸ Moreno Cruz nos dice que Ferrajoli “busca sustentar la idea de un derecho que, para su existencia, no tenga necesidad de acudir a la existencia de la garantía. Y esto es un conflicto que hay que resolver en la relación entre el “ser” y el “deber ser”. Es decir. La norma en el deber ser, debe contar con una garantía, pero en el ámbito del ser, con frecuencia, carece de garantías. La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho, sino más bien la existencia de lagunas que hay que colmar. Para ello recurre a la solución de crear una figura de -expectativa- que es al mismo tiempo normativista (deber ser) y realista (ser).

2.6. Alcance y significado de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales -señala Pérez Luño-, aparecen como el “producto de la exigencia del hombre histórico que obedece a una determinada praxis social, económica y cultural, y que tiene como soporte las relaciones de poder existentes en el seno de la sociedad.”¹³⁹ Se establecen en función de una realidad cultural específica de un Estado en particular.

Ante la pregunta sobre *¿cuál será el alcance y significado de los derechos fundamentales?* Cabría decir que no es posible emitir una respuesta generalizada, la

¹³⁸ MORENO CRUZ, Rodolfo, *Op. cit.*, p. 832

¹³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 127.

respuesta más bien debe ser relativa, concreta o de tipo particular ya que dependerá más bien del Estado en específico de que se trate, pues cada Estado tiene sus propias circunstancias, económicas, políticas, sociales, culturales. Es precisamente Pérez Luño quien lo sugiere y nos responde que *“el alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado dependerá del tipo de Estado de que se trate, liberal o social, y la concepción que se tenga de los derechos fundamentales determinará la significación del poder público. Así, el sistema político y jurídico se orientará al respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual si se trata de un Estado liberal, o colectiva si se trata de un Estado social de derecho.”*¹⁴⁰ Como parte de la solución más generalizada o universal, se ha propuesto un concepto de jurisprudencia humanista, derivable de la dignidad humana y los derechos humanos; Vargas Morgado así lo refiere *“lo que propongo como tema de reflexión, es la pertinencia y oportunidad de que nuestra Suprema Corte de Justicia, como juez constitucional superior, decida encontrar dentro de sus funciones la de proteger los derechos humanos por sobre toda norma jurídica, aun la constitucional, y así instaurar un régimen jurisprudencial humanista.”*¹⁴¹ Lo anterior es factible, ya que los tribunales internacionales de derechos humanos, en sus fallos precisamente se basan en ellos; y sus resoluciones son vinculantes para los propios Jueces de los Estados de la comunidad internacional; por ello, y considerando además el Pacta sunt servanda, en ese ámbito, la practicidad de que las Cortes de los Estados se basen en ellos.

Aun así, dentro de un mismo Estado constitucional de derecho no pueden permanecer cerrados o inamovibles, deben estar abiertos a nuevos requerimientos sociales, *“los derechos fundamentales no obedecen a criterios de inspiración fijos sino a parámetros flexibles dirigidos a satisfacer las exigencias de una sociedad en evolución”*.¹⁴²

La división en los derechos fundamentales hacia lo público y hacia lo privado. Según Antonio López, los derechos fundamentales formalizan la dicotomía¹⁴³ para lo público, por un lado, y para lo privado por el otro.

- a) ***Hacia lo público***, implican una acción reglada para los poderes públicos, fijando una vinculación del derecho; las autoridades deben hacer lo que la norma jurídica les señala como atribuciones mandatos que deben realizar; así,

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴¹ VARGAS MORGADO, Jorge, “Hacia una jurisprudencia humanista”, *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 259-268, México, 2008, p. 262

¹⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 48

¹⁴³ “... los derechos fundamentales formalizan la dicotomía, por principio, de libertad para el individuo y acción reglada para los poderes públicos. Para los privados se crea una franquicia de autonomía libre de Derecho (arts. 10.1; 17 CE), para lo público se fija una vinculación al Derecho (arts. 9.1; 103 CE). Mientras para los particulares el Derecho incide sólo definiendo externamente los límites de lo que es lícito (art. 25 CE), los poderes públicos disponen de menos discrecionalidad, habiendo de actuar conforme a un principio reglado de competencia y responsabilidad; la disposición de los órganos del Estado sirve simultáneamente como mecanismo de limitación funcional del poder público.” LÓPEZ PINA, Antonio, “La autonomía privada y los derechos fundamentales”, *UNED Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp. 145-173, Madrid, 2007, p. 147

los poderes del Estado disponen de menos discrecionalidad ya que deben de actuar en base a la competencia y responsabilidad que las normas establecen. *El concepto específico de competencia encuadra dentro del género de capacidad jurídica, ya que cuando una autoridad conforme a las normas jurídicas tiene competencia –ya sea desde el punto de vista objetivo como subjetivo–, equivale a decir que la autoridad tiene la capacidad jurídica para realizar tal o cual acto jurídico en la esfera del particular; en caso contrario, es decir, si conforme a la norma jurídica la autoridad es incompetente para realizarlos, tendría consecuentemente una incapacidad jurídica para ejecutarlos.*

- b) *Hacia lo privado*, se traducen en una esfera de libertad para los individuos creando una franquicia de autonomía libre de derecho. No se establece un catálogo limitativo de lo que los particulares pueden hacer; por tanto, podrán hacer primero lo que les está ordenado y expresamente permitido, pero por extensión, podrán también hacer todo aquello que no esté vedado por las normas jurídicas. El derecho define externamente los límites de lo que es lícito. *De lo que se colige una capacidad jurídica general, ya que los particulares podrán válidamente realizar todo aquello que no está prohibido; así mismo, esas prohibiciones que la ley señale a casos particulares, serán incapacidades jurídicas; por eso es que el límite de la libertad de los particulares es lo prohibido.*

Independientemente del contexto público o privado que se pueda tener en el anterior criterio clasificatorio, *la capacidad de goce sigue teniéndose en función del interés que tenga el titular de tal o cual derecho fundamental*; por ejemplo, en el derecho fundamental de la libertad ideológica, vista hacia lo público, se traduce en primer lugar, que el Estado debe respetarla; y en segundo, que el Estado sólo podría limitarla sujetándose a los casos y condiciones regulados en la norma constitucional, por lo que no tendría facultades discrecionales para limitarla a su antojo. Desde el contexto privado, *los particulares tienen derecho a realizar todo aquello que no esté prohibido, lo que equivale a una capacidad de goce*, ya que, mientras no se entre al campo de lo vedado, el derecho concibe a la persona como apta para ser titular del derecho a hacer aquello que no le está prohibido; a su vez, *la restricción o prohibición que la norma haga de un derecho fundamental, necesariamente implica una incapacidad de goce porque el derecho no considera a la persona apta para tener determinado derecho.*

Sobre su contenido, los derechos fundamentales pueden implicar un aspecto positivo o negativo, siendo éste otro criterio clasificatorio de los mismos. En este tenor Riccardo Guastini considera que *“es posible, clasificar los derechos fundamentales si su contenido consiste en una obligación de hacer o de omitir. Recuérdese que estos son derechos frente al Estado. Los primeros implican una acción del Estado; es el caso de los derechos sociales (salud, trabajo etcétera); los segundos implican una abstención del Estado; es el caso*

de los derechos de libertad (personal, de reunión, de asociación, etcétera).¹⁴⁴ Así, el sujeto activo –que es el particular, el gobernado, el ciudadano, la agrupación o asociación,– quien lo ejercerá ante el Estado, y su alcance será en función del obligado, lo que trae aparejado que el Estado deba “hacer”, en tratándose por lo general de los derechos de la segunda generación; o de un “no hacer” o una “abstención”, para los derechos de la primera generación.

Los derechos fundamentales se podrán catalogar en función de la vinculación;¹⁴⁵ pudiendo ser una vinculación positiva o una vinculación negativa.

- a) La vinculación negativa implica un deber de abstención de cualquier actuación que vulnere la constitución incluidos eventualmente los derechos fundamentales, lo cual afecta tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos. *De ésta vinculación derivan incapacidades jurídicas tanto para los ciudadanos como para las autoridades ya que ese deber de abstención es una restricción a la libertad del particular, y una obligación de no hacer para la autoridad en el sentido que debe respetar el ámbito de derechos del particular.*
- b) *La vinculación positiva* hacia los derechos fundamentales afecta exclusivamente a los poderes públicos y se traduce en un deber general de realizar las funciones conforme con la constitución y un mandato de desplegar la eficacia de los derechos fundamentales en el sentido de establecer su plena realización. *De ésta vinculación se desprenden “capacidades jurídicas”, y por tanto competencias para las autoridades al sr consideradas idóneas, ya que éstas últimas, tienen que hacer todo lo posible dentro del marco constitucional, para la plena realización de los derechos fundamentales.*

En cuanto al tipo de prescripción de derechos fundamentales, Jorge Adame Goddard, distingue entre dos tipos: las prescripciones negativas y las positivas.¹⁴⁶

- a) Las prescripciones negativas aparecen como prohibiciones, éstas tiene carácter absoluto, no admiten excepciones, ya que su función es definir las conductas que no pueden ser realizadas, ni siquiera queridas, sin deterioro de la persona que las ejecuta y de la sociedad en que vive. *Estas prescripciones negativas no son sólo ilicitudes, sino que se traducen en incapacidades jurídicas de las personas, en relación a los actos prohibidos.*

¹⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 223

¹⁴⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, *UNED Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp.277-230, Madrid, 2007, p. 277

¹⁴⁶ ADAME GODDARD, Jorge, “Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Estudios Doctrinales No. 179, IJJ-UNAM, 1995, México, 1995, p. 32

b) Las prescripciones positivas, indican los deberes fundamentales de la persona, tienen un carácter más flexible, pues no precisan la realización de conductas específicas, sino que marcan caminos amplios en los que caben multitud de conductas o acciones tendientes al fin que postulan los deberes. *Estas permisiones implican por tanto capacidad jurídica de la persona para ejecutar los actos jurídicos permitidos u ordenados; en el caso de éstos últimos, el mandato legal comprende la facultad para realizar el acto ordenado; en el caso de los actos permitidos es más amplio el campo ya que se podrá o no ejecutar válidamente el acto permitido; pero independientemente, en cualquiera de los dos casos anteriores, el sujeto es considerado idóneo para ser titular de esos derechos permitidos u ordenados por la norma jurídica.*

En cuanto a su alcance ¿los derechos fundamentales son absolutos? Y si no son absolutos, ¿Cuáles deben ser sus límites?

Una postura confiere el carácter de absolutos a los derechos fundamentales y se basa en la dignidad de la persona a la cual obedece la existencia de esos derechos fundamentales, por ello, consideran que no debe haber límites a los mismos, ya que inclusive, son preexistentes al reconocimiento estatal, y por tanto, absolutos. En este rumbo Joaquín Brage Camazano, anota “en el constitucionalismo histórico español, donde justamente la evolución que se observa es de una exaltación inicial de libertades, para producirse de modo inmediato ya una nueva comprensión regresiva y desconfiada de las mismas y sus límites y, a continuación, se producía una expansión progresiva del ámbito reconocido a estas libertades, bien que no sin altibajos ... la cuestión de los límites de las libertades fundamentales no es baladí, pues **durante mucho tiempo se ha sostenido que los derechos fundamentales o humanos estaban tan íntimamente ligados a la naturaleza humana que entre sus características se encontraba necesariamente la de que eran derechos de carácter absoluto.**”¹⁴⁷

En esta misma orientación lo expresan Antonio Fernández Galiano y Benito Castro Cid cuando exponen que “**cualquier restricción a los derechos humanos resultaba ser contra natura; de otro lado, aquel fue el momento en que la historia empezó a cerrar el periodo de los poderes absolutos, se iniciaban los regímenes constitucionales, se abría el horizonte de la libertad y, una vez más, se hizo presente el “fervor del neófito” para enaltecer hasta la sublimidad unos derechos recién adquiridos.**”¹⁴⁸ El que tales derechos, al ser la conquista y tenidos como un botín arrancado por el pueblo como límite a los poderes absolutos, se tenían como lo máspreciado al grado tal que se hayan enaltecido hasta lo sublime, y por tanto que al ser considerados tan elevados e insuperables, en ese momento histórico se tenían como **absolutos**.

¹⁴⁷ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los Límites a los Derechos Fundamentales en los indicios del Constitucionalismo mundial y en el Constitucionalismo Histórico español*, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 3 y ss.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, y CASTRO CID, Benito, *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho natural*, Universitas, Madrid, 1993, p. 429.

No obstante, de la reflexión objetiva y racional, si bien es cierto que la base de estos derechos es la dignidad de la persona humana, también lo es que no se debe desconocer que el límite de esos derechos precisamente lo constituye, *la dignidad* y por tanto *los derechos de otras personas*; y más aún, que encima del interés personal –por más digno que sea–, se encuentra el interés colectivo o social; así, cuando entran en conflicto el *interés particular* con el *interés general o público*, se debe imponer éste sobre el primero. Mas ¿qué debemos entender por interés público? *“Interés público o interés general –señala López Pina–son conceptos que se implican recíprocamente y cuyo uso depende del contexto: en contraposición a propiedad privada, mercado, iniciativa privada, sector privado o interés privado hablamos de interés general; frente a los intereses particulares hablamos de interés público. Interés público o interés general son conceptos jurídicos indeterminados, no susceptibles de ser aplicados sin más ... Dogmáticamente, se trata de conceptos normativos abiertos a la ocupación ideológica, que precisan ser dotados de contenido.”*¹⁴⁹ En efecto, las ideas de interés público o interés general son conceptos abstractos, a nuestro parecer son creados como meros conceptos operadores, y por tanto que no pueden ser aplicados de manera directa, que tienen relevancia en función de las situaciones especiales que se van presentando, así al ir teniendo contenido mediante las situaciones particulares acaecidas, amén de los límites expresos establecidos en la propia constitución, el juez es quien deberá determinar en cada caso concreto cuál es el interés general y cual el interés particular; y ponderar los límites y alcances en caso de oposición entre derechos fundamentales del mismo valor.

Por otro lado, es cierto que la libertad es un límite externo al ejercicio del poder,¹⁵⁰ ya que la primera nace como un reconocimiento o autolimitación del poder público, respecto a la esfera de los particulares; la primera acepción y conforme a la Real Academia Española se entiende como la *“facultad que tiene el ser humano de obrar o no obrar según su inteligencia y antojo.”*¹⁵¹ Conforme al apartado (1) del artículo 2º de la Ley Fundamental de Alemania: *“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.”*¹⁵²

En el campo del derecho *“Esas libertades –escribe Joaquín Brage– debían tener sus límites como consecuencia de que el hombre era un ser social, un ser que convivía en sociedad*

¹⁴⁹ LÓPEZ PINA, Antonio, “La autonomía privada y los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 149

¹⁵⁰ Desde una concepción de la libertad como límite externo al ejercicio del poder público, se pasa progresivamente a una concepción de los derechos fundamentales plenamente consciente de su capacidad de involucrarse entre los procesos de integración orientados por el marco constitucional. SCHILLACI, Angelo, “Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad”, (Traducido del italiano por AGUILAR CALAHORRO, Augusto), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 214

¹⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua ...*, *op. cit.*, p. 1031

¹⁵² Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006, p. 14

con otros hombres, y eso significaba que tenía que “ceder una parte de su libertad a favor de su congéneres y de sí mismo para “pagar” la ventaja de vivir en comunidad y para hacer posible la convivencia y determinados estándares de paz social y calidad de vida.”¹⁵³ En el contexto jurídico, la libertad implica que el ser humano puede visualizar sus horizontes y el realizar todos los actos tendientes al logro de los mismos, comprende a la autodeterminación del ser humano, pero debe hacerse de manera responsable, “la cumplida autodeterminación de la persona —piedra angular del sistema constitucional— impone la reconsideración del sistema de las libertades fundamentales, reconociendo plena relevancia a la dimensión positiva de su ejercicio responsable.”¹⁵⁴ La autodeterminación implica que la persona tiene la posibilidad de trazarse metas u objetivos, y podrá realizar los actos necesarios para obtenerlos. De ello se deriva entonces, que esa libertad no es absoluta, porque para ejercerla se deberá hacerlo dentro del marco constitucional y cumpliendo además con las condiciones que el mismo establezca. Por ejemplo, se tiene la libertad para escoger la profesión que mejor acomode a la persona, pero también se debe cumplir con los requisitos la propia constitución está trazando para obtenerla.

Como consecuencia de lo anterior, *¿podrá haber derechos fundamentales absolutos?* La vida como derecho, *¿es absoluto?* La respuesta podría emitirse de manera abstracta o amplia; es decir, en función de los derechos fundamentales en lo general, o de manera concreta, en función de un determinado derecho fundamental; en nuestra opinión, ni el máspreciado que es el derecho a la vida, base de otros derechos fundamentales, empero, todos los derechos fundamentales parten de la dignidad humana, y en base a la misma, ningún derecho fundamental es absoluto, pues inclusive el mismo derecho a la vida es de tal carácter.

Sobre el particular, Joaquín Brage ha hecho un estudio particular a cerca de los límites de los derechos fundamentales, considera que “hoy ya nadie prácticamente sostiene que los derechos humanos o fundamentales sean absolutos en el sentido de que no conozcan límites, sino que, a lo sumo, sólo excepcionalmente con relación a algún derecho determinado se discute si podría ser absoluto.”¹⁵⁵ En tal virtud, en lo general no es concebible pensar que los derechos fundamentales carezcan de límites, por ejemplo derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, claramente se advierten límites a los mismos, pero en lo particular y concretamente del derecho a la vida cabría la siguiente cuestión *¿la vida como derecho debe ser un derecho fundamental absoluto?*

La respuesta, desde luego, no es sencilla; tendría que hacerse un análisis filosófico muy profundo y desde muchas aristas; por ejemplo con la pena de muerte, con el aborto, con la eutanasia, con el homicidio, con el suicidio, crímenes de guerra y

¹⁵³ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los Límites a los Derechos Fundamentales ... op. cit.*, p. 5

¹⁵⁴ SCHILLACI, Angelo, *op. cit.*, p. 213

¹⁵⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los Límites a los Derechos Fundamentales... op. cit.*, p. 5

genocidios, y otros más; que por su naturaleza, exceden el propósito de la presente investigación; sin embargo, haremos precisiones de carácter formal, y de carácter material.

Primero que nada, debemos reconocer a la vida como el derecho fundamental por antonomasia,¹⁵⁶ así se reconoce en casi todos los ordenamientos positivos ya nacionales como internacionales. Verbigracia, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No estimamos que en esto haya duda alguna; empero, dentro de los límites de los derechos fundamentales *¿se podrá válidamente privar a una persona del derecho fundamental a la vida?* Aquí es donde pretendemos la separación antes anunciada desde los planos formal y material.

Desde el *plano formal*, la respuesta deberá darse en relación a cada Estado, en función de los derechos fundamentales que reconoce y de las limitantes que el mismo establezca; así, el derecho a la vida ha tenido limitantes en las Constituciones Políticas de algunos Estados, en países como Estados Unidos, fundados en el ordenamiento jurídico positivo de ese país, es el ejemplo claro de la ejecuciones frecuentes a través de la pena de muerte; por esos acontecimientos pudiéramos concluir que en ese Estado, el derecho sobre la vida, no es absoluto.

En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 14 **establecía** *“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”* Y a su vez el artículo 22 **permitía la imposición de la pena de muerte** al plagiario, incendiario, salteador de caminos; empero ambos artículos fueron reformados mediante decreto publicado en fecha 09 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación. En esencia, se eliminó al artículo 14 la expresión *“de la vida”*, y el artículo 22 prohíbe de manera absoluta la imposición de la pena de muerte. El artículo 22 quedó *“Quedan prohibidas las penas de muerte, ...”* y se eliminó la parte que antes de la reforma permitía su aplicación.

Desde la perspectiva de las penas, en virtud de las reformas a los artículos 14 y 22 de la norma fundamental mexicana quedó en definitiva abolida la muerte como pena. Así las cosas, tenemos que antes de la reforma señalada, la vida como derecho, no era absoluto, ya que la propia constitución señalaba supuestos en que se podía imponer, y requería la sincronía con los Códigos Penales para que tuviera cabida. Pareciera que en virtud de la reforma de 2005, el derecho a la vida queda como un derecho fundamental absoluto. Sin embargo, no debemos perder de vista que la

¹⁵⁶ HUERTAS DÍAZ, Omar, et al., “El derecho a la vida desde la perspectiva del sistema interamericano de los derechos humanos”, *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, No. 2, pp. 107- 138, Bogotá, 2006, p. 109.

propia legislación penal señala los casos en que no es punible; como por ejemplo, el aborto terapéutico, o cuando el embarazo es con motivo de una violación o de una inseminación artificial no consentida. Sin embargo, siempre existe posibilidad de ponderación entre de derechos fundamentales cuando entran en conflicto, aún en el caso de la vida, que verbigracia, en el caso del aborto terapéutico, donde entrarían en juego dos vidas; es la prueba de que aun con la reforma, la vida no tiene el carácter de derecho absoluto.

Desde el plano material, partiendo de la dignidad de la persona humana, no cabe duda que la vida como derecho, es el derecho fundamental por excelencia; es un derecho inherente, consubstancial al ser humano. Estimamos que el punto toral y que no está claro, es la definición de la vida; éste es un tema que debe ser resuelto por la ciencias naturales, y en base a ello, el derecho debe definirla con toda precisión. Como situaciones recurrentes, tenemos conflictos cuando se contraponen el *derecho a la vida* con otros derechos fundamentales, por ejemplo, el *derecho de libertad* de la mujer a la interrupción del embarazo, es un tema que toda vía no está resuelto y que compete a los congresos locales que deben obrar conforme a la norma fundamental mexicana e inspirarse sus principios constitucionales, y también a los impartidores de justicia quienes deberán hacer la ponderación respectiva partiendo de que el derecho a la vida está protegido constitucionalmente.

Tenemos un gran antecedente en nuestro derecho mexicano, la sentencia de acción de inconstitucionalidad 10/2000, la SCJN se ha pronunciado a favor de la vida, en virtud de las reformas y adiciones que fueron realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales, por su inconstitucionalidad que fue planteada.¹⁵⁷ Fue una votación dividida, por lo que no se logró mayoría de 8 votos cuando menos, para lograr la invalidez de las normas impugnadas.

Conforme al plano material, fuera del caso del derecho fundamental a la vida, cuya constitucionalidad no ha sido resuelta en definitiva por el Máximo Tribunal del país, *-salvo el caso en que se enfrente con otro derecho fundamental de la misma especie-*, luego entonces, tampoco es absoluto, ya que para serlo, no debería admitir ninguna limitación o excepción; fuera de éste caso, los demás derechos fundamentales no son derechos absolutos en el sentido de que carezcan de cualquier límite, sino que por el contrario, son relativos. Jorge Adame Goddard estima que *"Tales derechos no son fines en sí mismos, sino medios al servicio de la existencia y desarrollo de la persona y la sociedad y, en consecuencia, son derechos naturalmente limitados."*¹⁵⁸ Señalábamos también, que la frontera de esos derechos precisamente

¹⁵⁷ Véase ORDOÑEZ, Jorge, "El Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Vida. Un caso Paradigmático en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", pp. 859-871, *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIJ-UNAM, México, 2002

¹⁵⁸ ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 32 y 36

lo constituye, la *dignidad humana* y los *derechos de terceros*; y que sobre del interés personal se impone el social *-interés público-*; Máximo Pacheco estima que “*el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado, sino que puede ser restringido en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la simple convivencia social, aunque éstas restricciones, para que no resulten arbitrariedades del poder político, deben ser reguladas jurídicamente.*”¹⁵⁹ Los límites de tales derechos no pueden derivarse de una interpretación extensiva, deben ser regulados, y si se trata de límites a derechos fundamentales, además, la norma constitucional es la que debe imponerlos señalando los casos y condiciones en que pueden ser restringidos. *Sus límites, equivalen a incapacidades de goce, y siempre tienen que ser interpretados con criterios restrictivos en la tendencia más conveniente a su propia eficacia y esencia.*¹⁶⁰ Conforme a López Pina,¹⁶¹ los derechos fundamentales delimitan la relación en dos esferas, en la pública en la privada.

a) *En la esfera pública.* Si los derechos fundamentales limitan la intervención del Estado, el interés público se justifica y a la vez se salvaguarda el interés particular. Así los límites a la intervención del Estado en dicha esfera, son para proteger los derechos fundamentales de los particulares.

b) *En la esfera privada.* Si los derechos fundamentales limitan el ejercicio de los derechos subjetivos, lo hacen porque así justifican intereses generales para la salvaguarda del orden público.

2.7. Garantía del cumplimiento y efectividad de los Derechos Fundamentales

Conforme a Rubio-Llorente, el reconocimiento de los derechos fundamentales puede darse de manera *directa, o indirecta*; y la directa a su vez puede ser *explícita o implícita*. De manera *directa explícita*, cuando de la redacción del texto normativo constitucional se obtiene; de manera *directa implícita o intra-normativa* cuanto no es a partir de la redacción del texto, sino que el reconocimiento se obtiene mediante la interpretación basada en los principios y valores que emanan de la misma; la *interpretación indirecta*, cuando la norma constitucional faculta o apodera al legislador ordinario a culminar la definición propuesta en la norma constitucional pero sin distorsionar la esencia del derecho fundamental.¹⁶² Entonces en el caso de la referida interpretación indirecta *¿puede haber derechos fundamentales contenidos fuera de la constitución?* Estimamos que no es posible, pues es inconcebible hablar de

¹⁵⁹ PACHECO G., Máximo, “Los derechos fundamentales de la Persona Humana”, *op. cit.*, p. 68

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 85

¹⁶¹ De ahí que los derechos fundamentales vengan a delimitar la relación entre la esfera privada y la esfera pública en un doble sentido: si aquellos limitan la intervención del Estado, el interés público justifica, a su vez, la limitación de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales no son, así, garantizados sin límites. Más bien existen intereses generales que justifican, a su vez, la limitación de aquéllos por el Estado. LÓPEZ PINA, Antonio, “La autonomía privada y los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 148

¹⁶² RUBIO-LLORENTE, Francisco, “La configuración de los derechos fundamentales en España”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, 1998, p. 1335 y ss.

derechos fundamentales que no tengan sustento en la constitución, ya que precisamente por ser fundamentales deben estar reconocidos en la norma fundamental del Estado; sin embargo, sí es posible que la constitución comience con el reconocimiento de tal o cual derecho, y después encomiende al legislador ordinario la tarea de desarrollarlos, es lo que se conoce como derechos programáticos, pero estos parten de la constitución, tienen su sustento en ella, el legislador ordinario no puede contravenir la esencia del derecho fundamental, y nunca podrá limitarlo ya que los límites, excepciones necesariamente deberán estar establecidos en la ley fundamental.

El simple reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales no es garantía de su cumplimiento y efectividad, los derechos fundamentales para ser verdaderos derechos, no deben ser meras buenas intenciones o **derechos sobre el papel** como lo califica Guastini. *“Un derecho de un sujeto determinado -, es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo sí, a ese derecho le corresponde –escribe Guastini– el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. Sobre esta base podemos distinguir entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”... En la mayoría de los casos, los derechos sociales –al igual que los derechos morales– son derechos sobre el papel. Las disposiciones que, en muchas Constituciones contemporáneas, confieren derechos sociales, son celebradas de forma engañosa, ya que han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún “verdadero” derecho. Ello por razones diferentes. Cuando confieren derechos sociales comúnmente expresan normas programáticas o teleológicas cuyo destinatario es el legislador a quien le encomiendan la realización de determinado programa de reforma económico-social o de perseguir determinados objetivos. ... Por otra parte, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales.”*¹⁶³ Para ser auténticos derechos fundamentales, **deben ser defendibles**; su esencia no radica en su enunciación, sino en que sean defendibles de manera efectiva, que realmente se apliquen.¹⁶⁴ Lo que busca el neoconstitucionalismo es que la constitución realmente se cumpla, como Manuel Aragón señala: *“El verdadero problema es la aplicación judicial de la constitución, de él depende la eficacia de la constitución.”*¹⁶⁵ En virtud de lo anterior, para que no se queden como simples buenos deseos, es necesario que el ordenamiento jurídico les dote de **garantías tanto normativas, procesales e institucionales**. Las garantías institucionales son medios de control de parte de los propios órganos de gobierno y pueden ser también genéricas o específicas. Dentro de las primeras podemos encontrar las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, nombrar comisiones para

¹⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 220, 123 y ss.

¹⁶⁴ VALADÉS, Diego, “La protección de los Derechos Fundamentales frente a terceros”, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, pp. 681-710, IIJ-UNAM, México, 2010, p. 708

¹⁶⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “garantismo”, y aplicación judicial de la constitución”, pp. 3-25, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 19, julio – diciembre 2013, IIJ-UNAM, México 2013, p. 4.

investigar asuntos de interés público, y dentro de las específicas encontramos la figura del *ombusmand*, y en el caso de México, el Poder Judicial Federal para los casos de amparo contra leyes o por la violación a los derechos humanos garantizados constitucionalmente.

Ante las preguntas de: *¿cómo se puede asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales?* y *¿cómo asegurar la efectividad de los derechos fundamentales?* Enrique Pérez Luño propone en relación a la primer pregunta y nos dice que es mediante *garantías normativas* tendientes a evitar su modificación y “*velar por la integridad de su sentido y función que se logra a través de distintos medios como la fuerza vinculante de la normativa constitucional, el sistema rígido de la modificación de la constitución, y a través de la legislación que deberá garantizar la integridad del significado y la función de los derechos fundamentales, pues es obligación del legislador salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales*”¹⁶⁶ –En lo que corresponde a la segunda pregunta,– el citado autor nos asegura que “*la existencia y efectividad de los derechos fundamentales dependerá de las garantías procesales que existan para su tutela, ya sean éstas genéricas, si son aplicables a todos los derechos e intereses (por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad español que somete a su estudio no sólo las leyes de derechos fundamentales sino cualquiera), o específicas, si corresponden a los derechos fundamentales (por ejemplo el amparo judicial ordinario español –tutela libertades–, el recurso de amparo, el habeas corpus –tutela la libertad personal–*”.¹⁶⁷ Así, verbigracia, el derecho a la tutela judicial efectiva no descansa meramente en el derecho al proceso o en garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales, sino las garantías para que los promoventes sean formal y materialmente oídos, que aporten pruebas y tengan derecho a una decisión justa.¹⁶⁸

En cuanto a los procedimientos constitucionales, en el caso del derecho mexicano, se ha ido avanzando gradualmente, la Reforma Judicial de 1994 fue un parteaguas importante. Al respecto, Arturo Zaldívar refiere: “Como es sabido, hasta antes de la reforma que entró en vigor en 1995, el único instrumento de derecho procesal constitucional con operatividad práctica en México era el juicio de amparo [...] El debate sobre la justicia constitucional iniciaba y concluía con el juicio de amparo.”¹⁶⁹ En efecto, reitera Olga Sánchez Cordero sobre los medios de control constitucional “con la reforma judicial de 1994, en vigor a partir de febrero de 2005, se pasó de lo singular (el amparo), a lo plural.”¹⁷⁰ Con dicha reforma se consideraron adicionalmente como instrumentos de derecho procesal constitucional a las acciones

¹⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 47

¹⁶⁷ *Idem*

¹⁶⁸ ARRUDA, Paula, “La protección de los derechos fundamentales en Brasil y España”, op. cit., p. 433.

¹⁶⁹ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, op. cit., p., 159

¹⁷⁰ Cfr. SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Medios de control constitucional, gobierno y país. De lo singular a lo plural”, *Revista Académica*. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 226-235, México, 2008, p. 223.

de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de revisión constitucional electoral, el Juicio para la Protección de los Derechos Político Eletorales del Ciudadano, el Procedimiento de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Juicio Político, el Procedimiento ante los Órganos autónomos Protectores de Derechos Humanos (ombusmand). Pero se reconoce que aún hay temas pendientes en ésta materia.

2.8. La capacidad como idoneidad para tener y ejercer derechos fundamentales

Si la capacidad es considerada como una cualidad o atributo de las personas, y por capacidad jurídica entendemos a la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones; entonces, la persona que conforme a la norma constitucional le sea reconocido determinado derecho fundamental, es apta para tener tal o cual derecho fundamental, es idónea para ello; y por tanto, con capacidad jurídica para detentarlos; y si el derecho vigente, además, le reconoce la posibilidad de ejercerlos, al no impedir a su titular el que pueda hacerlos valer directamente por propio derecho, tendrá además capacidad de ejercicio; en caso contrario, pero gozando de tal derecho, para su validez deberá hacerlo por medio de sus representantes legítimos. Esa idoneidad resultará ser la regla general; la no idoneidad o inaptitud para tener poseer determinados derechos fundamentales será la excepción.

Lo mismo sucede con la capacidad para ejercerlos, ésta aparece como la regla general y la incapacidad para ejercerlos, será la excepción e dicha regla; así, a quien tiene la capacidad de ejercicio para hacer valer por propio derecho tal o cual derecho fundamental, es porque se presupone tener previamente esa capacidad jurídica o de goce; si no se tiene ésta, no se tendrá tampoco la facultad de ejercicio, *ni por sí, ni por medio de representante* alguno.

2.8.1 La dignidad humana como valor y principio del Estado Constitucional

Dignidad conforme al Diccionario de la Real Academia española, proviene del latín *dignitas, dignitatis*, que es la cualidad de digno, excelencia o realce; a su vez, digno proviene de *dignus*, que es el merecedor de algo.¹⁷¹ Así desde el enfoque ontológico, “cuando se habla de dignidad de la persona humana se significa la excelencia o jerarquía que tiene en relación a los demás seres corpóreos: la persona es el mejor de todos ellos. Su dignidad radica en su naturaleza racional.”¹⁷² La dignidad deriva de la naturaleza racional del ser humano, se caracteriza –según Gregorio Peces-Barba– por la razón y la libertad que el ser humano posee;¹⁷³ es por tanto preexistente al reconocimiento

¹⁷¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la ...*, op. cit., p. 823

¹⁷² ADAME GODDARD, Jorge, op. cit., p. 17 y 18

¹⁷³ “La dignidad humana se caracteriza por la razón y la libertad que la persona posee.” PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Latino Universitaria, Madrid, 1980, p. 49; De igual forma, Jorge Carpizo señala: “La dignidad humana es la que singulariza a la persona de otros seres vivos debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad.” CARPIZO, Jorge, op. cit., p. 4

público que de ella se pueda hacer; la dignidad corresponde a todos los seres humanos, por tanto no hay sujetos que carezcan de ella, ni tampoco quienes tengan mayor dignidad que otros; entonces, todos los seres humanos tienen la misma dignidad. Sobre éste último aspecto, Jorge Adame Goddard escribe: *“No cabe decir que por razón de su naturaleza, haya personas más dignas que otras. Todos los seres humanos tienen la misma naturaleza, y por consecuencia la misma dignidad ontológica.”*¹⁷⁴ Conforme al apartado 1º del artículo 1º de la Ley Fundamental de Alemania se establece que la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.¹⁷⁵ Se está significando –precisa Jorge Adame– una dignidad que no depende del reconocimiento público que se haga de ella, ni que es privativa de algunos seres humanos, sino de una categoría común que tienen todos ellos por derivar de su naturaleza.¹⁷⁶

La existencia del Estado, entidad creada por los hombres cuya teleología es la búsqueda del bienestar común, debe girar también en torno a las personas y a su dignidad, por lo que esta última debe ser su límite.¹⁷⁷ En efecto, el jurista italiano **Giancarlo Rolla** considera que la propia estructura del Estado constitucional, nacido como poder limitado que quiere tutelar las libertades de los individuos frente al ejercicio arbitrario del poder, gira alrededor del valor de la persona humana.¹⁷⁸ El Estado Constitucional de Derecho lo es en gran medida gracias a los Derechos Fundamentales y éstos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana.¹⁷⁹ La dignidad aparece pues como la panacea y está en la cúspide del sistema normativo de un estado; al respecto, **Gonzalo Aguilar** señala: *“las normas relativas a la dignidad de la persona humana y sus derechos se encuentran en la cúspide de la estructura normativa – sea ésta estatal o internacional – debiendo subordinársele todas las otras normas. De este modo, en el orden estatal, todas las normas existentes en el ordenamiento, incluso aquellas emanadas del Poder Constituyente, determinan su validez con base en su adecuación y conformidad con los derechos emanados de la dignidad humana.”*¹⁸⁰ También lo aprecia así Jorge Carpizo y considera que la dignidad humana *“está por encima de cuestiones*

¹⁷⁴ ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 18

¹⁷⁵ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006, p. 14

¹⁷⁶ ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 17

¹⁷⁷ La cláusula de dignidad de la persona es para la «cultura de la libertad» punto de referencia, parámetro y valor orientador. Desde una perspectiva jurídico-subjetiva, apunta al individuo dotado de dignidad como persona intelectual y moral por cuya voluntad se crea una comunidad política como «espacio de libertad, seguridad y justicia». KOTSUR, Markus, *op. cit.*, p. 98

¹⁷⁸ ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, p. 57

¹⁷⁹ PACHECO G., Máximo, “Los derechos fundamentales de la Persona Humana”, *op. cit.*, p. 69. También Larry Andrade escribe: *“Podemos afirmar que el primer fundamento natural del Derecho es la misma persona y su dignidad.”* ANDRADE ABULARACH, Larry, “Reflexiones sobre el fundamento de los derechos Humanos”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional*, pp. 57-78, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 66

¹⁸⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p.16

positivistas y, debido a ella nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos."¹⁸¹

La dignidad humana es un *valor jurídico* al cual sirve el estado de derecho que legitima tanto al estado como al ordenamiento jurídico del que proviene, sin el respeto a la dignidad humana, el estado pierde sentido, la dignidad humana – considera Lancheros–, es un *principio integrador* en todo el ordenamiento jurídico. También se configura como un *principio constitucional* que vincula a las autoridades en un mandato de acción para promoverla.¹⁸² Al ser la dignidad humana la premisa y base de todos los derechos, se propone el concepto de Jurisprudencia humanista “entendida en el sentido de que el juez reconozca y considere la naturaleza y dignidad humana como la dimensión esencial de su actuación.”¹⁸³

La teoría principalista de Robert Alexy ha establecido como principios en los que se sustentan los derechos fundamentales a los *principios* de: *la dignidad humana, el de igualdad, el de libertad* entre otros. Respecto al primero de los mencionados principios, “*la dignidad humana*, siendo originalmente un valor moral, tras su consagración con carácter de mandato constitucional, se ha transformado en un *valor jurídico* y en una norma de derecho positivo que da sustento a todos los derechos y deberes que permiten al ser humano “llegar a ser persona y seguir siéndolo”.¹⁸⁴

En efecto, hemos referido a la dignidad *como valor y como principio*; sin embargo no es un valor más o un principio más entre otros, sino que debemos tener a la dignidad humana como *valor jurídico fundamental y como principio constitucional preferente*. Al respecto podemos reflexionar que, a pesar de que la constitución mexicana no se refiere de manera explícita a la dignidad de la persona - *como lo hace la alemana, por ejemplo-*, debe tenerse por admitida como valor jurídico fundamental en virtud de que los derechos inviolables de la persona son inherentes a ella y se fundan en la misma;¹⁸⁵ y también, en virtud de la preeminencia que la persona y su dignidad tienen reconocidos en el orden jurídico, entonces también ese principio de dignidad debe tenerse como principio preferente.¹⁸⁶

En el contexto colectivo-social, la dignidad no es ni debe ser contraria a la sociedad, sino más bien, reconoce el valor de la comunidad; pensar lo contrario, nos

¹⁸¹ CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 4

¹⁸² LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, *Del Estado Liberal al Estado Constitucional. op. cit.*, p. 262

¹⁸³ VARGAS MORGADO, Jorge, “Hacia una jurisprudencia humanista”, *op. cit.*, p. 261

¹⁸⁴ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001, pp. 170 y ss., en LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, *Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Op. cit.*, p. 263

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, México, 2003, p. 5

¹⁸⁶ “Este orden de los derechos humanos ha alterado las estructuras normativas, posicionando al individuo y su dignidad y derechos, en el lugar preferente de los ordenamientos estatales,” AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p.16

estaría llevando a un individualismo excluyente.¹⁸⁷ La persona debe ser considerada en su caracterización colectiva e histórica; por ende, la tutela de la identidad cultural de la comunidad es también una característica esencial del derecho a la identidad personal.¹⁸⁸

A partir de la dignidad humana como valor tanto moral como jurídico, se ha reconocido el derecho a la vida del ser humano como la condición indispensable para poder acceder a los demás derechos fundamentales, de tal modo que, desde la concepción del ser humano, el Estado ha buscado su protección, salvaguardando la vida del nasciturus. Por ese mismo principio es que, el ser humano no solamente es ser humano, sino que además es persona, el ente al que se le atribuyen los derechos fundamentales quien necesariamente, por el hecho de ser persona, debe tener capacidad jurídica o de goce, considerado por el ordenamiento jurídico como ente apto, como ente idóneo para ser titular de situaciones jurídicas y/o ejercerlas.

Entre los pilares fundamentales que sustentan mi trabajo de investigación doctoral, se parte de la *bidimensionalidad de la capacidad*, pues en efecto, no podemos separar esas dos dimensiones de la misma. Una de esas dimensiones es aquella que la considera como un atributo de la persona. La concepción jurídica de persona, de la que se desprenden los atributos de la persona, dentro de los cuales, la capacidad juega un papel determinante de la misma, de modo tal que *-persona-capacidad-* forman un binomio indisoluble, pues no se puede concebir una persona que carente de capacidad jurídica, y de igual manera, la capacidad jurídica, siempre es atribuible a una persona ya física o moral; no existe ningún otro ente distinto a la persona, al que le podamos atribuir la capacidad jurídica.

Habida cuenta de que, si no se es persona, no se tiene capacidad; y si no se tiene personalidad, tampoco se tiene capacidad jurídica, y partiendo también de la definición ferrajoliana sobre *los derechos fundamentales*, considerados como derechos subjetivos de *todos* quienes tienen un *-status-* de *personas, ciudadanos o de capacidad de obrar*. Bastará con derivar de concepto ferrajoliano, la relación que se da *por un lado* de los derechos subjetivos públicos como lo concibe Ferrajoli, y *por el otro*, con quienes poseen los *status* que el autor privilegia, es decir, *las personas, los ciudadanos y los capaces de obrar*, siendo éste último el punto de conexión los derechos fundamentales con la capacidad como atributo esencial de la persona.

2.8.2 La persona como ente de imputación de derechos fundamentales

Estrecha relación guarda la capacidad jurídica con la imputación de derechos, ya que la imputación como atribución de derechos, implica a la capacidad jurídica;

¹⁸⁷ “La dignidad humana no conduce al individualismo; al contrario, reconoce el valor de la comunidad... Es el reconocimiento del especial valor que tiene el individuo en el universo,” CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 7

¹⁸⁸ Cfr. ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, p. 100

esto es, a quien el orden jurídico atribuye un derecho fundamental, tiene capacidad de goce del mismo, ya que en mérito de la imputación, es apto para tenerlo; y después, para hacerlo valer dependerá además de que se tenga la capacidad de obrar. Por inicio de cuentas, debemos recordar que el derecho no es un fin en sí mismo, sino más bien es un instrumento creado por el hombre para regular conductas jurídicas, y así lograr la convivencia armónica del hombre, marcando pautas de comportamiento y consecuencias jurídicas para el caso del incumplimiento con las disposiciones previstas por la norma jurídica, todo lo anterior con el propósito de que con se logre la justicia; por ello, la razón de ser de todo el derecho, *es por y para la el ser humano*, y por extensión a la persona jurídica. Totalmente carecería de utilidad hablar de derechos y obligaciones de cualquier clase, sin la persona, pues todos los derechos, del tipo que sean, gira en torno a la misma. En los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho, a las personas se les reconocen y por ello, en la constitución les imputa derechos fundamentales. En el caso de México, la constitución lo reconoce expresamente cuando proclama que toda persona gozará de los derechos humanos que la constitución le reconoce.

Sobre el binomio *-persona-capacidad-* se discurría previamente que la capacidad hace posible que *exista ese centro ideal de imputación, que es la persona; sin capacidad se extinguiría la persona*.¹⁸⁹ De ésta manera, el único ente titular de los derechos fundamentales es la persona, y por tanto, quien tiene la capacidad jurídica para hacerlos valer.

El Jurista español Manuel Albadalejo, precisa que *“es a la persona (a toda persona y solamente a ella) a quien el Derecho reconoce capacidad, también la persona puede ser definida, jurídicamente hablando como ser capaz de derechos y obligaciones*.”¹⁹⁰

Razonábamos que la personalidad es la cualidad abstracta, única e indivisible como una proyección de la persona; es la capacidad en abstracto para ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad en palabras del maestro, Guzmán Gómez *“es una imputación que el ordenamiento jurídico de un lugar y tiempo determinado otorga a ciertos entes, ya sea individuales o colectivos. De esa estructura jurídica derivada de la ley se deduce la capacidad jurídica (lato sensu), es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, en su caso, celebrar actos jurídicos, exigir aquellos derecho y cumplir aquellas obligaciones por sí mismo.”*¹⁹¹

Por otro lado, si los derechos fundamentales son aquellos derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico supremo de un Estado, esto es, aquellos derechos que se han positivizado, y que además se

¹⁸⁹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*, México, PORRÚA, 1987, p. 158.

¹⁹⁰ Cfr. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, Barcelona, BOSCH, 2002, p.213

¹⁹¹ GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 56.

desprenden de la propia constitución de un Estado; entonces, estos derechos fundamentales también existen por y para las personas jurídicas. Los derechos fundamentales tienen su origen en el propio derecho natural, en la dignidad humana, ya que parten de los derechos que son inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, y lo que buscan es el reconocimiento pleno de los mismos por el derecho objetivo, para que haya una plena concordancia; de nada serviría al que un ser humano por el simple hecho de serlo, que sólo tuviera aspiraciones a la libertad, a la igualdad, a la propiedad, a la seguridad, sin tenerlas, es decir, como derechos consubstanciales al mismo, pero que el derecho positivo de un Estado determinado no los reconociera. Por ello es que, los derechos fundamentales encuentran su justificación en la dignidad de la persona humana; y por ende en ella misma, para garantizarle en un marco positivo el que pueda llevar a cabo todas aquellas aspiraciones naturales que son propias de la persona; entonces, *la persona aparece como el único centro de imputación de derechos de cualquier tipo*, máxime los fundamentales que por antonomasia permiten la realización plena de la persona.

¿La titularidad de los derechos fundamentales corresponde sólo a las personas humanas? ¿Las personas morales pueden tener derechos fundamentales?

Desde el plano racional, los derechos fundamentales parten de la dignidad de la naturaleza humana; por ello no es de dudarse la titularidad de los mismos a las personas humanas, tanto por la razón teórica o especulativa *–como lo considera Alejandro Herrera–*, sino también por la razón práctica; el autor referido considera que *“es imposible justificar racionalmente los derechos fundamentales si no los arraigamos en la naturaleza humana, que conocemos no solo por la razón teórica o especulativa, sino también por la razón práctica en los primeros principios del obrar humano que constituyen el contenido de la ley natural y que tienen como sujeto al hombre, a todos y cada uno de los hombres que por el sólo hecho de serlo y fundados en su condición humana, son personas, titulares tanto de derechos como de deberes.”*¹⁹² Acordes a lo anterior, no debe haber duda en la titularidad de los derechos fundamentales para los ciudadanos y en general para las personas físicas. Empero, *¿qué pasa con las personas morales en relación a los derechos fundamentales?* Esta pregunta obedece a un asunto cuestionable; así lo considera Ángel Gómez Montoro quien juzga que en medio de esos nuevos temas provenientes de la teoría general de los derechos fundamentales, están las relativas a su titularidad, *“en concreto, el entendimiento inicial de que sólo los ciudadanos son titulares de derechos se ha visto desbordado por dos frentes: de un lado, por el reconocimiento de -al menos algunos- derechos fundamentales a los extranjeros; de otro, por la necesidad de responder a la cuestión de si las personas jurídicas pueden ostentar también esa titularidad.”*¹⁹³

¹⁹² HERRERA, Daniel Alejandro, *op. cit.*, p. 370

¹⁹³ GÓMEZ MONTORO, Ángel José, “La titularidad de Derechos Fundamentales por Personas Jurídicas. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español,” *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 2, pp. 23-71, IIJ-UNAM, México, 2000, p. 25

Hay argumentos que nos permiten estimar que los derechos fundamentales no son privativos de las personas físicas. Sobre éste punto Francisco Fernández Segado precisa que “la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.”¹⁹⁴ Conforme a lo anterior podemos analizar, las personas morales no son fines en sí mismos, sino que, son medios para realizar un fin común cuyo beneficio directo es para las personas humanas; es decir, surgen por y para las personas humanas, quienes al final, serán las beneficiarias directas de su existencia. Lo anterior sucede así, ya que las personas humanas, al formar parte de agrupaciones o asociaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo con personalidad jurídica, son el resultado de la voluntad individual de seres humanos, que en base a su dignidad aspiran a realizar fines lícitos, posibles y comunes, que deben ser tutelados por el sistema jurídico de un estado; por ello, merecen también el goce de la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad reconocidos como pilares en que descansan los derechos fundamentales; por tanto, **las personas morales gozan también de derechos fundamentales**; es decir, no hay nada que impida la extensión en abstracto o de carácter general de los derechos fundamentales a las personas jurídicas. Gómez Montoro así lo considera, aunque hace la precisión de que la capacidad de goce de derechos fundamentales para las personas físicas es en abstracto porque requiere ser delimitada y concretada en relación a cada derecho fundamental; esto es, “no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta”¹⁹⁵ En efecto, la capacidad jurídica que tienen los ciudadanos mexicanos para ocupar cargos de elección popular, por la naturaleza de éste derecho fundamental, es exclusiva de las personas físicas y por tanto excluyente de las personas morales; en cambio la titularidad del derecho fundamental de la propiedad, por ejemplo, es por naturaleza atribuible tanto a unas como a otras personas.

Conforme a las disposiciones constitucionales de los Estados; algunas constituciones no hacen reconocimiento expreso en cuanto a la capacidad de las personas morales para ser titulares de derechos fundamentales; la constitución española no ha incluido precepto que reconozca de manera explícita la capacidad de

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 75

¹⁹⁵ En el caso concreto, el Tribunal entiende que si bien es cierto que el honor se encuentra en íntima conexión con la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1 de la Constitución española, ello no impide su extensión a las personas jurídicas (doctrina que es reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1995). GÓMEZ MONTORO, Ángel José, *op. cit.*, p. 35 y 36

las personas morales para ser titulares de derechos fundamentales;¹⁹⁶ empero hay constituciones que sí lo hacen; como la alemana, portuguesa; la mexicana incluye tanto a personas físicas como a morales, ya que establece que “*todas las personas gozarán de los derechos humanos...*”

En suma, *los derechos fundamentales implican capacidades de goce para quienes conforme a la norma constitucional sean titulares de ellos; además, no son privativos de las personas físicas.* En el caso del Estado mexicano, en razón de la reforma constitucional al artículo 1º, se hacen extensivos a todas las personas sin hacer distinción, el alcance de los mismos y en su caso, la delimitación que sobre ellos se determine, lo hará la propia constitución; es decir, hay derechos fundamentales que por su propia naturaleza corresponderán exclusivamente a las personas físicas, verbigracia, los que tienen que ver con los derechos de los ciudadanos, excluyéndose por ende tanto las personas físicas extranjeras, y las personas morales.

2.8.3 La relación status-persona-capacidad

Señalábamos de manera genérica que en el derecho romano la capacidad se determinaba por el triple estatus que tenía la persona: *libertatis, civitatis y familiae*. En efecto, hemos declarado previamente que persona y ser humano no han tenido el mismo significado, la esclavitud ha sido la mayor demostración de ésta situación, los esclavos jurídicamente no eran personas. También desde el derecho romano la persona no es concepto privativo del ser humano pues se reconocían dos categorías: (la física o ser humano); y (jurídica colectiva o bien llamada “moral”).

En el derecho romano, sólo eran persona los seres humanos que tenían cualquiera de los status *-libertatis, civitatis, familiae-*. Sobre el triple status debemos hacer algunas precisiones; hay quienes opinan que para ser persona se debía tener los tres status antes referidos, así lo consideran Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias;¹⁹⁷ otros consideran que el status de ciudadano era la base de los derechos; – entre ellos tenemos a Michelangelo Bovero– quien escribe “*para que el individuo sea sujeto de derechos (dotado de capacidad jurídica y de capacidad de acción) tiene que ser ciudadano, o mejor dicho, el ciudadano es (ser civis, miembro de la civitas, significa ser) sujeto de derechos en general, y obviamente de deberes explícitamente reconocidos por el ordenamiento romano,*”¹⁹⁸ concepto que consideramos erróneo ya que no era forzoso ser ciudadano para ser sujeto de derechos, y por ende de capacidad jurídica y de capacidad de acción; un extranjero, por ejemplo, en la Roma monárquica no era

¹⁹⁶ A diferencia de los constituyentes alemán y portugués, los redactores de la Constitución española no incluyeron ningún precepto que expresamente reconozca la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales. *Ibidem*, p. 26

¹⁹⁷ MORINEAU IDUARTE, Marta, et al. *Derecho Romano*, OXFORD, México, 2003, p. 40

¹⁹⁸ BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y Derechos Fundamentales”, (Trad. Lorenzo Córdova), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 9-25, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 15

ciudadano romano y sin embargo gozaba del *ius commercii*; y además, podía acudir en defensa de sus derechos ante un pretor peregrino, gozando por ende, de capacidad de goce y de ejercicio; así, tenemos en el derecho romano a quienes simplemente gozaban del *status libertatis*, por ejemplo los peregrinos o latinos, tenían la capacidad más limitada; quienes gozaban del *status civitatis* tenían una capacidad más amplia que los anteriores pues también gozaban del *status libertatis*; quienes tenían el *status familiae*, y además eran *sui iuris*, eran quienes tenían la mayor capacidad, y por tanto una personalidad plena.

Considerábamos que el empleo *status* había quedado en desuso, sin embargo, parece que empieza a recobrar interés, pues algunos juristas contemporáneos lo están utilizando de nuevo. Roberto de Ruggiero considera al *triple status* como condiciones de la capacidad jurídica romana;¹⁹⁹ Luigi Ferrajoli así lo considera en su concepción de derechos fundamentales.

El *status* de persona²⁰⁰ como lo concibe Ferrajoli, será nuestro punto de partida; pues, es el ente al que se le atribuye la capacidad. Con el enfoque neoconstitucionalista advertimos que no cambia esta postura, sino más bien, se consolida, se viene a ver reforzada con concepción de los derechos fundamentales y la visión del constitucionalismo contemporáneo.

Luigi Ferrajoli coincide con las ideas cuando escribe: “persona”, en el plano de la teoría del derecho, no equivale a ser humano, sino más bien al *status* de los sujetos, cualesquiera que sean, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente de los derechos de la persona.²⁰¹

¹⁹⁹ “La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple “status” de que la persona gozaba; el *status libertatis*, el *st. civitatis* y el *st. familiae*, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y del último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado”. RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 338.

²⁰⁰ “Adquirir el estatus de persona jurídica por parte de los titulares de los derechos, lo cual permite fortalecer esferas de discusión y participación ciudadana, a la vez, funcionan como críticas al modelo vigente. Son armas de los más débiles para defenderse de los fuertes cuando estos manejan el poder; es minimizar la opresión que se ejerce contra aquellos que no tienen nada más para defenderse: *sus derechos* consagrados y garantizados constitucionalmente.” DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., *Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli*, *Op. cit.*, p. 193

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, *Fundamento de los Derechos Fundamentales* (Trad. P. Andrés et al), Trotta, Madrid, 2007, p. 334

En los mismos términos que Ruggiero, Ferrajoli considera que el status viene a identificarse con la capacidad,²⁰² por lo que, quien es persona, necesariamente tiene status y por ende capacidad.

La relación del status con la capacidad desde Roma, era persona quien tenía cualquiera de los status: *libertatis, civitatis o familiae*. El más importante de todos, por ser la base de los demás era el status *libertatis*, era la llave de acceso a la personalidad; quien sólo poseía el status *libertatis* ya era persona aunque con una capacidad mínima o acotada; quien poseía el status *civitatis* gozaba de una mayor capacidad que aquellos que sólo poseen el *libertatis*, pues el status *civitatis* (confiere los derechos de la ciudadanía romana), y además presuponía los derechos de libertad; quien además tenían el status *familiae*, gozaban de una mayor capacidad en relación a aquellos que únicamente tenían la ciudadanía o la libertad, pues, quienes gozan del status *familiae* además podían ejercer la patria potestas si eran *sui iuris*. Reflexionando de manera inversa, a través de la *capitis deminutio* se produce una disminución de la capacidad; quienes sufren la *capitis deminutio máxima* dejan de ser personas perdiendo por tanto todos los derechos que tenían ya que se convertían en esclavos; quienes sufren la *capitis deminutio media*, dejan de ser ciudadanos, y por ende *sui iuris* si lo eran, aunque siguen siendo libres y por tanto aún personas; quienes sufren la *capitis deminutio mínima*, pierden sólo el status *familiae*, pero aún conservan la calidad de libres y ciudadanos.

Como podemos percatarnos, y además, si consideramos que la capacidad es múltiple, diversificada y concreta,²⁰³ estamos de acuerdo con las afirmaciones de Ruggiero y Ferrajoli; el status de la persona equivale a la capacidad, mientras más status se tengan, la esfera de derechos –capacidad jurídica o de goce– también crece, ya que la persona va siendo apta para tener más derechos; y de manera inversa, cuando se pierde alguno de ellos, la esfera de derechos –capacidad de goce– decrece porque el sujeto es idóneo para tener menos derechos.

Ahora bien, por lo que respecta a la personalidad y la capacidad, *¿cuál es la relación entre la personalidad y la capacidad jurídica?* Sabemos que no son lo mismo, pero también que forman un binomio indisoluble, la personalidad es el *quid* –quien–, mientras que la capacidad es el *quantum* como dimensión, cantidad o medida.²⁰⁴ Hemos dicho con anterioridad que la capacidad no se puede separar de la personalidad; la capacidad se origina y se acaba con la persona. Para entender esto tenemos que partir de la persona, ya que si ésta es el centro de atribución de derechos y obligaciones; entonces, cualquier ser a quien el derecho le atribuya derechos y

²⁰² Ferrajoli considera al status como *la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas*”, FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, op. cit., p. 19.

²⁰³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. op. cit., p.307

²⁰⁴ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 24.

obligaciones, necesariamente tiene que ser persona, y si se es persona entonces ineludiblemente se tiene capacidad; así, todo sujeto de derechos por fuerza es capaz, sería inconcebible la capacidad sin la personalidad. No existe una sin la otra, así que las consideramos como binomio indisoluble.

2.8.4 La capacidad como idoneidad de la persona en relación a los derechos

La capacidad también ha sido vista como la idoneidad del sujeto. En tal sentido exponemos las ideas de propio Ferrajoli, Rafael de Pina y de Ruggiero que así lo constatan.

Idoneidad proviene del latín *idoneitas, idoneitatis*, cuya acepción apropiada es: “*cualidad de idóneo*”; y a su vez, *idóneo* deriva de *idoneus*, adjetivo que significa “*adecuado y apropiado para algo*”.²⁰⁵ En lo jurídico, referente a la persona, en el contexto que se está planteando, la persona es el ente adecuado y apropiado para tener derechos y obligaciones; con mayor precisión, es *el único ente apropiado para ello*; por ende, la capacidad como atributo por antonomasia de la persona, es esa idoneidad para tenerlos.

El concepto de derechos fundamentales de Ferrajoli realmente abarca no sólo a la que el mismo refiere como “*capacidad de obrar*”, sino que refiere a la “*capacidad en su totalidad*” tal y como la conocemos, es decir, tanto como “*capacidad jurídica*” y como “*capacidad de obrar*”, o si se prefiere, *capacidad de goce y de ejercicio* como la doctrina tradicional y dominante en México respectivamente las denomina.

Ferrajoli subraya en la última parte de su ya referido concepto de derechos fundamentales lo que debemos entender por *status*, diciendo que *es la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas*. De esta expresión con toda claridad se desprende que *el status* no es otra cosa que la misma capacidad. Tanto la capacidad de goce en cuanto a la idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas, como la capacidad de ejercicio (de obrar) en cuanto a la idoneidad para ser autor de los actos que son ejercicios de estas.

Bajo la concepción Ferrajoliana de Derechos fundamentales, –refiere Carbonell– “*la determinación de la capacidad de obrar como status de asignación de los derechos fundamentales se genera solamente por vía negativa. Es decir, como regla general la constitución debe partir de la premisa de que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de derechos fundamentales y para ejercerlos por sí mismos*”.²⁰⁶ Y en efecto la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción, sólo habrá incapacidad cuando una norma jurídica así lo señale de manera especial; así, el

²⁰⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua ...*, op. cit., p. 1246

²⁰⁶ CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Op. cit., p. 28.

derecho positivo puede señalar incapacidades respecto a la titularidad de derechos o bien la capacidad para hacerlos valer por sí mismo.

En este orden de ideas, Rafael de Pina la considera como la “idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos” (capacidad abstracta y concreta respectivamente). En la misma vertiente, la “capacidad de goce” o “capacidad jurídica”, para Ruggiero es la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en general, a todo hombre y la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos.²⁰⁷ Esa idoneidad corresponde por inicio al hombre, debido a su dignidad humana; y por extensión, a todas las personas jurídicas, ya que existen para realizar fines específicos que los seres humanos persiguen.

2.8.5 Eficacia de los derechos fundamentales ante los particulares

En la concepción del liberalismo, la constitución es el Estatuto del Estado, en ella se reconocen los derechos fundamentales como oponibles al Estado, los conflictos; y la protección de derechos incluso (fundamentales) exigibles ante particulares, quedan en el ámbito del derecho común; destaca Arminda Balbuena: “*en la teoría clásica del Estado liberal, que parte de la separación radican entre la sociedad y el Estado, y en la que por lo tanto se asigna a cada realidad un estatuto jurídico diferente, se entendió que siendo la Constitución, el Estatuto jurídico del Estado y al reconocer en ella los derechos fundamentales, éstos eran oponibles únicamente frente a los poderes públicos (efecto vertical), dejando para el ámbito de lo privado al Código Civil...*”²⁰⁸ Así, bajo las ideas de ese individualismo surgen los derechos del gobernado como autolimitación del poder público, para evitar la intromisión arbitraria de éste último en la esfera de los particulares; por ello es que se consideró durante mucho tiempo que las garantías individuales eran derechos subjetivos públicos cuya titularidad correspondía a los gobernados, y cuyo sujeto pasivo sólo lo podría constituir el Estado a través de sus órganos, cuando actuaban en su carácter de autoridad; así las cosas, los particulares en el sentido técnico jurídico de esa estructura, no podían violar las garantías individuales; podrían cometer delitos o en general actos ilícitos, pero ello no se consideraba como violación de garantías individuales.

Con el neo-constitucionalismo, se parte de una visión distinta a la del individualismo liberal y de los derechos sociales; en éste nuevo paradigma se hace una reflexión diversa y se estima que los derechos fundamentales son imperativos de tutela oponibles también ante particulares, pues no sólo pueden ser vulnerados por las autoridades, sino que también la transgresión puede provenir de los particulares; es decir, no sólo los viola el Estado; por ende, tiene eficacia en las relaciones entre particulares, y como una garantía ante terceros.

²⁰⁷ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 339.

²⁰⁸ BALBUENA CISNEROS, Arminda, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros”, *op. cit.*, p. 85

Para explicar éstos caracteres, sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Víctor Ferreres Comella estima que *“si la constitución desea preservar su capacidad para articular las controversias contemporáneas, la tabla de derechos debe surtir efectos también en las relaciones entre particulares... no hay razones de peso, vinculados a los principios básicos del constitucionalismo, para rechazar, de entrada, la tesis favorable al efecto horizontal de los derechos.”*²⁰⁹ En esta dirección, considerando a los derechos fundamentales como garantía ante terceros, Antonio López Pina entiende que *“más allá de asegurar al individuo un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al particular frente a terceros un derecho a protección por el Estado.”*²¹⁰ Jimena Sarazá concibe a los derechos fundamentales como imperativos de tutela también ante particulares, reflexiona *“se ha atribuido a los derechos fundamentales una función adicional de imperativos de tutela o deberes de protección, con trascendencia también en las relaciones entre particulares, y ello tanto a través de la legislación como de la actuación de los tribunales.”*²¹¹ En el mismo rumbo, Arminda Balbuena destaca que en el constitucionalismo contemporáneo debe considerarse la eficacia de los derechos fundamentales no sólo frente a los órganos del poder público, sino también frente a terceros; deben limitarse también los poderes privados.²¹² Por último, Diego Valadés²¹³ refiere el tratamiento latinoamericano en tratándose de la procedencia de acciones por violación de derechos fundamentales por los particulares, precisa que órganos jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos consideran que los derechos fundamentales no sólo los viola el Estado.

En resumen, si el neo-constitucionalismo parte de la omnipresencia de la constitución como objeto que mida todas las cosas, y se busca también la aplicación directa de la misma en toda controversia; entonces, la constitución debe tener la atribución de poder *articular todas las controversias contemporáneas*, a través de la legislación como de la actuación de los tribunales; y considerando que los particulares también pueden ser responsables de la violación de derechos fundamentales, *debe surtir efectos también en las relaciones entre particulares* consagrando la procedencia de acciones en contra de particulares, que como imperativos de tutela o deberes de

²⁰⁹ FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 529-546, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 546 y ss.

²¹⁰ LÓPEZ PINA, Antonio, “La autonomía privada y los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 147 y ss.

²¹¹ SARAZÁ, Jimena, *op. cit.*, p. 852

²¹² Cfr. BALBUENA CISNEROS, Arminda, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros,” *op. cit.*, p. 106.

²¹³ En relación con América Latina, son catorce las constituciones que de manera implícita o explícita admiten la procedencia de acciones en contra de particulares con motivo de la violación de derechos fundamentales. Se trata, como resulta evidente, de una corriente dominante en el ámbito latinoamericano. Además las instancias jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos también acogieron ya el principio de que los particulares pueden ser responsables de la violación de esos derechos. VALADES, Diego, “La protección de los Derechos Fundamentales frente a terceros”, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, pp. 681-710, IIJ-UNAM, México, 2010, p. 708

protección, garanticen al particular frente a terceros un derecho a protección por el Estado, con motivo de la violación de ésta clase de derechos.

2.9. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas.

Tanto el tema de la capacidad como el de la dignidad han sido puestos bajo la lupa para determinar si son derechos fundamentales. Se ha discutido sobre la naturaleza de la dignidad como derecho fundamental.²¹⁴ Hay quienes consideran que la dignidad no es un derecho fundamental, inclusive el Tribunal Constitucional español, (STC 120/1990) ha rechazado que la dignidad de la persona, *per se*, pueda ser considerada como un derecho fundamental.

Respecto a la capacidad, hay quienes consideran que es un derecho fundamental; otros que es sólo la idoneidad para tener derechos fundamentales; es decir, una cualidad de la persona.

De un somero análisis, si consideramos que conforme a la tradicional concepción de la teoría general del derecho y del derecho civil ius positivistas, la capacidad es un atributo de las personas y se define como la aptitud o idoneidad de un ente para ser titular de derechos y obligaciones, pudiéramos en apariencia deducir que no es un derecho de la persona, sino más bien una cualidad de la misma (atributo); sin embargo, cuando la tendencia en los Estados Constitucionales, es el declarar que las personas gozan de los derechos fundamentales admitidos en la norma fundamental de un Estado, así, cuando el goce de derechos –o mejor dicho “*la capacidad de goce*”–, es reconocida por la propia constitución, aparece ésta última como un derecho a tener derechos fundamentales, entonces, *la capacidad de goce ¿es o no es un derecho fundamental?*

Hay quienes estiman que la capacidad no es un derecho fundamental, sino un atributo de la persona que le permite tener derechos no fundamentales y derechos fundamentales. Así, Eduardo García Villegas considera que la capacidad no es un derecho, sino presupuesto de derechos, por tanto, cualidad jurídica.²¹⁵

En cambio, otros estiman que la capacidad se puede entender como **el derecho para tener derechos fundamentales**; como lo refiere gráficamente Pedro Cruz Villalón es “*el derecho de los derechos fundamentales*.”²¹⁶ A su vez, Máximo Pacheco considera que “*existe un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y*

²¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 23 y ss.

²¹⁵ La capacidad de goce como la de ejercicio, no son derechos, sino presupuestos de derechos, o de su ejercicio, constituyen lo que se ha llamado, cualidades jurídicas. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, *op. cit.*, p. 26

²¹⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989, p. 62.

*condición de todos los demás: el ser reconocido siempre como persona humana.”*²¹⁷ Aseveración que implica a la capacidad jurídica o de goce, ya que todo ser humano aspira a ser reconocido en todo orden constitucional como persona, y por ende, al ser reconocido como persona se considera idóneo para tener derechos fundamentales. Así lo hace por ejemplo el apartado 2 del artículo 3 de la Ley Fundamental de Alemania que atribuye el goce de derechos tanto para el hombre como para la mujer. Nuestra constitución mexicana también así lo prescribe en su artículo 1º.

En cuanto a la constitución española –señala Gómez Montoro que– “los redactores de la constitución española no incluyeron ningún precepto que expresamente reconozca la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales. Las razones de ésta exclusión no son conocidas, y no deja de suscitar extrañeza que no se suscitara a lo largo de las sesiones de las Cortes constituyentes debate alguno al respecto.”²¹⁸ *Por lo anterior deducimos que toda constitución de un Estado Democrático Constitucional de Derecho, debe partir del reconocimiento de la capacidad de goce de derechos fundamentales.*

Sobre éste último punto, partiendo de la realidad constitucional mexicana, el artículo primero de manera expresa lo señala cuando reconoce que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos tanto en la propia constitución, como en los tratados que en materia de derechos humanos hayan sido y los que sean celebrados y ratificados por el Estado Mexicano. Pero además, advertimos que consagra valores o principios en los que también se puede sostener la capacidad como derecho fundamental.

Por lo que respecta a la dignidad humana como presupuesto, base, principio y valor preferente de los derechos fundamentales, De ella derivan todos los principios, por ejemplo, el principio de igualdad aparece consagrado en los artículos 1, 2, 3, 20, 27, 32, 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo anterior, tenemos a la dignidad humana como uno de los valores primordiales que deben tutelarse en el neo-constitucionalismo. El apartado 1º del artículo 1º de la Ley Fundamental alemana le da un valor trascendental pues además de que reconoce a la dignidad humana como intangible, subraya que *“respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”*.²¹⁹ En el derecho constitucional mexicano, su ley fundamental no lo hace en estos términos tan determinantes; sin embargo, si la considera así de manera implícita por su consagración en los siguientes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: El artículo 1º in fine,²²⁰

²¹⁷ PACHECO G., Máximo, “Los derechos fundamentales de la Persona Humana”, *op. cit.*, p. 68

²¹⁸ GÓMEZ MONTORO, Ángel José, *op. cit.*, p. 26

²¹⁹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006, p. 14

²²⁰ **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ésta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así

prohíbe todo tipo de actos que atente contra la dignidad de la persona; el inciso A) fracción II del artículo 2º del mismo ordenamiento,²²¹ el inciso C) de la fracción II del artículo 3º refiere a la dignidad de la persona como uno de los criterios orientadores de la educación; el artículo 25º bajo el concepto de dignidad del individuo como aspecto que debe garantizar el estado en la rectoría del desarrollo nacional; el artículo 123 que refiere al trabajo digno como derecho de toda persona.

Referente a la capacidad, además del ya referido artículo 1º, la constitución da reglas precisas sobre capacidad de las personas, por ejemplo, el artículo 27 constitucional en cuanto a la capacidad para adquirir el dominio de tierras y aguas de la Nación –la de los mexicanos, la de los extranjeros–, la capacidad de las asociaciones religiosas, la capacidad de las instituciones de beneficencia, la capacidad de las sociedades mercantiles, la capacidad de los bancos, la capacidad de los estados y el Distrito Federal; todas estas incapacidades para adquirir el dominio de tierras y aguas en el territorio nacional. También el mismo artículo 27 Constitucional establece incapacidades de goce en cuanto a latifundios al señalar las extensiones máximas que puede tener el particular; el artículo 28 en cuanto a las áreas estratégicas establece incapacidades de goce; lo mismo que en tratándose de monopolios y prácticas monopólicas; el numeral 115 del mismo ordenamiento en materia de concesión de servicios públicos, establece dos incapacidades de goce y son las que versan sobre Seguridad pública y tránsito. Igualmente, los artículos 59 y 83 del mismo ordenamiento supremo de manera contraria, aparecen como limitantes a la capacidad; en efecto, estos dos artículos señalan *incapacidades* para ser diputado y senador respectivamente; también, el artículo 130 de la norma fundamental establece *incapacidades* de los ministros de cultos²²² sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges, y de las asociaciones religiosas.

como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que **atente contra la dignidad humana** y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

²²¹ Artículo 2. ... A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...]

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la **dignidad** e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes [...]

²²² Art. 130. CPEUM. Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las

De lo anterior podemos constatar que en el ordenamiento jurídico mexicano aparecen consagrados principio, el valor de la dignidad humana y de manera muy especial da reglas precisas en cuanto a la capacidad, es por ello que nos permite concluir que *la capacidad jurídica es un derecho fundamental considerado así tanto por la nueva corriente iusfilosófica que representa el llamado neoconstitucionalismo; y también así está consagrada en la propia Constitución mexicana.*

En suma, la capacidad de goce desde el plano ideológico, además de ser una cualidad, sita en el mundo de las esencias; nada impide, desde el punto de vista racional, considerarla también como *el derecho por antonomasia* así reconocido por el ordenamiento fundamental de un Estado, *para gozar de derechos fundamentales*; así las cosas, la capacidad por reconocimiento expreso: “el derecho de los derechos fundamentales”, también es un derecho fundamental.

personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

CAPÍTULO III

BIDIMENSIONALIDAD DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. PRIMER DIMENSIÓN: COMO ATRIBUTO DE LA PERSONA.

SUMARIO: 3.1. La bidimensión de la capacidad. 3.2. Concepto jurídico de capacidad. 3.2.1. *Antecedentes históricos.* 3.2.2. *La capacidad como atributo de la persona (Primer dimensión).* 3.2.3. *Los presupuestos de la capacidad.* 3.2.4. *Presunción legal Favorable a la mayor capacidad.* 3.2.5. *Clases de capacidad: de goce y de ejercicio.* 3.2.6. *Capacidad de goce como presupuesto de la de ejercicio.* 3.2.7. *Grados de la capacidad.* 3.2.8. *Inicio y fin de la capacidad.* 3.3. La incapacidad jurídica. 3.3.1. *Grados de incapacidad de ejercicio.* 3.3.2. *Incapacidad Absoluta y Relativa (Derecho argentino).* 3.4. Características de la capacidad e incapacidad. 3.5. Figuras limítrofes en materia de incapacidad. 3.6. La representación como forma de suplir incapacidades. 3.7. Capacidad y legitimación.

3.1. La bidimensión de la capacidad.

Hemos señalado previamente sobre las dos dimensiones de la capacidad jurídica; una como *atributo* de las personas y la otra como *elemento de validez*. La capacidad jurídica; a manera de “*atributo*” de la persona, aparece como una cualidad inseparable de la persona como se precisará más adelante; *como elemento de validez*, la capacidad jurídica aparece como un elemento indispensable para la existencia perfecta de los actos jurídicos e implica el que los sujetos que realizan o celebran el acto jurídico, deben ser capaces; y al decir capaces, debemos entender a la capacidad jurídica y de obrar; es decir, tener capacidad de goce y de ejercicio, puesto que si únicamente se tiene la primera, para la validez del acto, necesariamente se requerirá de la representación legal; de lo contrario, estaremos ante una existencia imperfecta del acto jurídico, ya que entonces, estaría afectado de nulidad.

La doctrina jurídica ha analizado de manera más o menos abundante el asunto de la capacidad *como atributo de la persona*; y por separado también ha examinado aunque de manera insuficiente consideramos, el contenido de la capacidad *como elemento de validez*; sin embargo, no se ha hecho una investigación integral que venga a dar conexión al aspecto de la capacidad como *atributo* de la persona y al aspecto de la capacidad jurídica como *elemento de validez* de una manera conjunta; es por ello que en éste trabajo pretendemos hacer un estudio que venga a dar unión a esas dos dimensiones de la capacidad, de donde pretendemos derivar consecuencias jurídicas distintas para casos donde se actualice la ausencia de capacidad de goce, y para aquellos casos en los que simplemente falte la capacidad de ejercicio.

Pretendemos demostrar cómo la doctrina ha empleado de manera conceptual los términos *incapacidad de goce* e *incapacidad de ejercicio*, con presupuestos, características y alcances distintos para cada una de ellas; inclusive, evidenciaremos cómo es que dentro de la doctrina existen graves confusiones sobre el tema de las incapacidades.

Un ejemplo que hace patente la confusión que impera sobre el tema la evidenciamos a continuación, al respecto Arturo Alessandri escribe que los actos celebrados por personas totalmente incapaces (*tales como menores, sordomudos que no pueden comunicarse, enajenados mentales*), no engendran ni obligaciones morales y están afectados de nulidad absoluta.¹ Este es un caso que nosotros consideramos de incapacidad de ejercicio, *–se trata de quienes por su edad no tienen amplio discernimiento, los sordomudos que no pueden comunicarse por escrito, y enajenados mentales–* el jurista de referencia lo considera, por sus efectos, como si fuera de incapacidad jurídica o de goce, que conforme a nuestra legislación mexicana, provoca la nulidad relativa; sin embargo, también advertiremos de las imprecisiones por parte del legislador sobre el empleo terminológico de la “*incapacidad*”; así mismo, al examinar en la jurisprudencia mexicana criterios que nos permitan aclarar estas inexactitudes, nos damos cuenta que tampoco los hay; por ello la importancia del presente trabajo que pretende brindar una respuesta adecuada desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

Por otro lado, en cuanto a la dimensión *–capacidad elemento de validez–*, sabemos que la capacidad, entre otros más elementos, es presupuesto de la validez de los actos jurídicos;² pero a su vez, la capacidad tiene como presupuesto a la persona misma. Natural y esencialmente la persona es el presupuesto de toda capacidad, y ésta a su vez lo es de la eficacia jurídica plena del acto jurídico. Al respecto, Fernando Hinestrosa considera que “*el negocio demanda una persona que lo celebre; partiéndose de la*

¹ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Editorial ZAMORANO Y CAPERAN, Santiago, 1937, p. 44

² El jurista argentino Carlos Gershi señala: “en primer lugar sabemos que la realización de un “acto” presupone la posesión de “estado de capacidad de hecho” y entraña en cualquiera de los dos ámbitos, lícito e ilícito, “consecuencias jurídicas precisas”. GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 64

*base de la incuestionable capacidad de goce universal, para la validez del negocio se requiere que su autor posea plena habilidad para obrar, tenga capacidad de ejercicio.”*³ En efecto, como la capacidad es un atributo de la persona, no hay persona alguna que carezca de capacidad, si esto fuera así, estaríamos negando a la persona misma; más bien, hay situaciones especiales para personas determinadas respecto de las cuales se restringe la capacidad, esto es lo que venimos manejando como *incapacidad de goce o jurídica*-, por ello es que se ha considerado de manera, tanto doctrinaria como de parte de la ley misma, el que la capacidad sea tenida como la regla general, y la incapacidad la excepción. En este sentido, Manuel Chávez Ascencio considera como principio que *“toda persona tiene capacidad, pero puede haber algunos motivos que limiten su aptitud, pues no hay persona capaz de celebrar todos los posibles actos jurídicos. La incapacidad surge, así, por excepción y debe estar prevista en la ley...”*⁴

En la ciencia jurídica, se ha reconocido y actualmente también se reconoce el término *“incapacidad”*; tomando las ideas expresadas por Jorge Mario Magallón, quien considera que la capacidad tiene dos aspectos, el negativo y el positivo. El primero se refiere a la incapacidad; el último a la capacidad. *“La capacidad es un vocablo jurídico que, como lo hizo la Instituta de Justiniano, comprende su lado negativo, o sea, la incapacidad, que paradójicamente está ampliamente reglamentada, tanto en el derecho civil de fondo, como en el procesal, para la determinación de ésta limitación.”*⁵ Además, ésta incapacidad puede ser de dos tipos, incapacidad de goce, cuando la ley limita el acceso a determinados derechos, que en situaciones especiales, personas también determinadas no tienen. Por ejemplo, los extranjeros no gozan del derecho para ser propietarios de inmuebles en la faja prohibida. La incapacidad de ejercicio, por el contrario, obedece a situaciones de orden biopsicológico de la persona, tal es el caso de la minoría de edad, de la enfermedad mental por citar algunos casos.

Cuando se habla de incapacidad *¿a qué nos referimos?* Algunos juristas como Sara Montero Duhalt,⁶ Ignacio Galindo Garfias y Antonio Vodanovic, consideran que al hablar de incapacidad, sólo se debe comprender bajo ésta expresión, a la incapacidad de ejercicio;⁷ sin embargo, en el análisis doctrinal que sobre la capacidad elaboran, en varias de sus expresiones los autores aludidos utilizan el término de *“incapacidad de goce o jurídica”*, así como el de *“incapacidad de ejercicio o de obrar”*. Sara

³ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, p. 295

⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 41

⁵ Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Porrúa, México, 1998. p. 32.

⁶ “La incapacidad de obrar o de ejercicio –la auténtica incapacidad, pensamos– se refiere a la inhabilidad de los sujetos de poder actuar por sí mismos, en las relaciones jurídicas, por causas inherentes a las condiciones de su propia y particular naturaleza psíquica.” MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IIJ-UNAM, México, 1966, p. 830

⁷ Cuando se habla de incapacidad sin mayor especificación, la referencia se entiende a la de ejercicio. VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, Partes Preliminar y General, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 222

Montero, en efecto, utiliza el término incapacidad de derecho o de goce, y para tal efecto puede consultarse el epígrafe No. 5, de su investigación sobre la incapacidad que se intitula "*Incapacidad de derecho o de goce*",⁸ a su vez, Antonio Vodanovic admite los términos de "*incapaces de goce*" y "*de ejercicio*";⁹ lo que, desde nuestra perspectiva implica una gran contradicción, ya que, no es posible primero admitir que existen una u otra incapacidades, y luego declarar que sólo existe una incapacidad, "la de ejercicio". Ignacio Galindo Garfias, sostiene que no se trata de una incapacidad, sino que más bien es una *inhabilitación del incapaz*.¹⁰ Nosotros consideramos por nuestra parte, que existen tanto *incapacidades de goce* como *incapacidades de ejercicio*, por tanto, al hablar simplemente de incapacidades se genera una gran omisión, que nos puede conducir a consecuencias jurídicas diversas, según se trate de una incapacidad de goce o de una incapacidad de ejercicio.

En otro orden de cosas, según Galindo Garfias, "*la causa que origina la incapacidad, es siempre de orden psicológico, o mejor biopsicológico: la inaptitud de la persona para entender y determinarse por sí sola o para exteriorizar su voluntad*",¹¹ en este tenor, creemos que en nada se opondría ni generaría confusión alguna si se dijese que: "la causa que origina la incapacidad de ejercicio es de orden biopsicológico", y que la "incapacidad de goce o jurídica", en cambio, es señalada por el ordenamiento positivo de cada Estado, en función de sus propios intereses.

Desde el planteamiento de la problemática, señalábamos que la legislación Civil Federal, en el artículo 2228 establece que "*la incapacidad*" de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa; pero no hace ninguna distinción si se trata de "*incapacidad de goce*" y "*la incapacidad de ejercicio*", simplemente se expresa "*la incapacidad*"; por lo que, en éstos términos, el concepto debe aplicarse a las dos incapacidades.

Advertimos que se trata de una gran omisión, primero de definición de una y otra, y luego en cuanto a las consecuencias jurídicas de su ausencia; es decir, las que se producirían por falta de la primera, y cuáles por falta de la segunda. Sin embargo, esto no ocurre sólo en relación al derecho civil doméstico. En el derecho italiano tenemos algo muy semejante, sobre el particular señala Angelo Falsea: "*Sobre el significado jurídico del término 'capacidad' existe un conjunto de ideas imprecisas que dan lugar a oscilaciones e incertezas. Y de ello es responsable en gran medida el legislador, quien después de haber distinguido en los tres primeros artículos del código (italiano) la capacidad de*

⁸ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 830

⁹ "Las personas que no pueden gozar de un derecho, son las llamadas *incapaces de goce*; las que no pueden ejercerlo, *incapaces de ejercicio*." VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, *op. cit.*, p. 112

¹⁰ La incapacidad no es propiamente la causa de nulidad relativa a que alude el artículo 2227 del código citado, sino la inhabilidad del incapaz o incapacitado. El precepto se refiere a la incapacidad negocial o inhabilidad para contratar, propiamente dicha. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La Capacidad Negocial", *Revista de Derecho Privado*, Número 4, pp. 66-72, IIJ-UNAM, México, 1999, p. 63

¹¹ *Ibidem*, p. 66

goce y la capacidad de ejercicio... se refiere después a la capacidad a propósito de otros fenómenos: en relación a la adopción, el matrimonio, la tutela, las incompatibilidades con la declaración testimonial, ..."¹²

En resumen, construyendo una reflexión de lo previamente asentado, y partiendo del vocablo "*capacidad*", concluimos que si la misma ley establece esa expresión, y la doctrina jurídica ha construido las nociones de "*capacidad de goce*" y de "*capacidad de ejercicio*"; al determinarse legalmente una negación, restricción o limitante a la misma, al haber una privación o ausencia de capacidad; consecuente y necesariamente nos ubicaremos ante una *incapacidad*; por lo tanto, el régimen que consideramos apropiado, será el que distinga entre, *la capacidad de goce y la de ejercicio*, asimismo, las consecuencias y efectos jurídicos para cada uno de los referidos casos.

Como última consideración general de éste preámbulo, en cuanto a la *segunda dimensión* que hemos señalado, tenemos a la capacidad como un ingrediente indispensable para la existencia perfecta del acto jurídico, lo que se traduce en la eficacia del contrato o negocio jurídico llamada "*validez*".

Para reforzar ésta propuesta, que desde luego, más delante será debidamente desarrollada, citamos al maestro Colombiano don Fernando Hinestrosa quien considera que la persona es un presupuesto de la capacidad y a su vez, la capacidad es un presupuesto para la validez del negocio; en tal sentido expresa que "*el negocio demanda una persona que lo celebre; partiéndose de la base de la incuestionable capacidad de goce universal, para la validez del negocio se requiere que su autor posea plena habilidad para obrar, tenga capacidad de ejercicio.*"¹³ En la misma dirección Sara Montero Duhalt, resalta la importancia jurídica de la capacidad en la dimensión que estamos refiriendo, señala: "*considerada la capacidad como uno de los elementos del acto jurídico, la ausencia de la primera influye de manera determinante en la formación y en los efectos del segundo. ¿Qué es el acto jurídico sino dinámica de la conducta humana, materia prima y finalidad última del orden normativo que llamamos derecho?*";¹⁴ por tanto, sin la primera –la capacidad jurídica–, el segundo –el acto jurídico–, aunque existente lo fuera, estaría afectado de nulidad.

3.2. Concepto jurídico de capacidad.

En el derecho –señala Llambías–, no basta la mera acción consciente de la persona para darles validez a los actos; para que se produzcan las consecuencias pretendidas por la persona, "*la voluntad del sujeto debe estar calificada por la capacidad*".¹⁵

¹² FALSEA, Angelo, *Enciclopedia del Diritto*, No. VI, p.9, Giuffrè Ed. Roma 1970, Voz "capacità", en GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La Capacidad Negocial", *op. cit.*, p. 63

¹³ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones, Derecho Civil – Obligaciones*, *op. cit.*, p. 295

¹⁴ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 827

¹⁵ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, PERROT, Buenos Aires, 1997, p. 289

En efecto, para la eficacia perfecta de acto jurídico no es suficiente la voluntad de la persona, sino que es preciso además, que esa voluntad provenga de un sujeto capaz. Carlos Santiago Nino estima que la capacidad en el lenguaje ordinario, *"tiene un significado relacionado con la posibilidad y la habilidad para actuar. Aun dentro de este marco general, en el uso común del lenguaje es posible encontrar varios sentidos diferentes, aunque ligados entre sí, de "capacidad". No es lo mismo decir "Juan es un hombre capaz" que afirmar "Juan es capaz de escalar una montaña" o decir "Juan es capaz de negar los hechos más obvios".*"¹⁶

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, capacidad proviene del latín *capacitas, capacitatis*, que en su significado más general equivale a: *"f. Propiedad de una cosa de contener otras dentro de ciertos límites. Capacidad de una vasija, de un local"*. En su acepción jurídica, capacidad de obrar. *"1. f. Der. Aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación."*, y *capacidad jurídica. "1. f. Der. Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones."*¹⁷ Creemos que aún el significado que se le da dentro del derecho, no se aparta del significado esencial, la capacidad de una vasija, o de un local, denotan la idea de lo que admiten, o lo que cabe en ellos; así, en lo jurídico la capacidad de la persona indica *los derechos que caben en ella*; dicho de otra forma, *los derechos que tiene una persona*.

En materia jurídica, la concepción de la capacidad esencialmente no se aleja del significado general; Rafael Rojina Villegas señala: *"La capacidad jurídica es lo que el hombre, como sujeto de derecho, puede; es decir, lo que cabe dentro de él en una medida de derecho."*¹⁸ La capacidad ya en el sentido jurídico, es apreciada por Carlos Santiago Nino como *"la facultad"* para adquirir derechos y contraer obligaciones; la posibilidad de adquirir derechos y obligarse.¹⁹ Por nuestra parte consideramos en lugar de *"facultad"*, lo más apropiado sería tenerla como una *"aptitud"* o *"idoneidad"* que es la cualidad del sujeto para tener derechos y obligaciones.

Para el estudio de la capacidad en su primera dimensión partiremos de lo universal a lo particular; así, como *concepto jurídico-genérico* de *"capacidad"*, podemos decir que es la aptitud para ser ente activo o pasivo de facultades y deberes, así como la posibilidad de ejercitarlos.²⁰ Sin embargo, debemos tener en cuenta también, que el orden jurídico positivo no utiliza necesariamente la expresión *"capacidad"*, la sobreentendemos cuando el orden jurídico faculta a determinadas

¹⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 217

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 435.

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Introducción a la Teoría General del Derecho y del Estado*, t. 1, El Nacional, México, 1941, p. 507.

¹⁹ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 218

²⁰ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación", *Anales de Jurisprudencia*, Núm, 233, Sección de Previa, 1998, p. 206

personas para algo, o cuando confiere derechos para tal o cual cosa. Por ejemplo, de los que pueden dar en arrendamiento, de los que pueden vender o comprar, realmente se trata de capacidades.²¹

Como lo dispusimos previamente, comenzaremos precisando que el vocablo "*capacidad*" tiene una connotación extensa, en ella se comprende a la vez sus especies a saber: *la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio*.²² En esta distinción francesa; la inicial se refiere al sujeto "como titular de intereses y como sujeto de goce, la segunda, en cambio, se predica de la persona en cuanto con su propio comportamiento ejercita sus derechos, desarrollando así su propia personalidad."²³ La capacidad jurídica suele definirse como "la aptitud o la idoneidad de la persona para ser sujeto de derechos".²⁴ De igual manera Rafael Rojina Villegas la considera como idoneidad del ente para ser poseedor de facultades en general; de modo tal que no se entienden a los humanos sin la *capacidad jurídica*.²⁵ o en palabras de Mariano Aramburo y Machado la capacidad jurídica "es la facultad por la cual el hombre es sujeto de derecho, o, lo que es lo mismo, la propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones."²⁶ Hemos señalado también que la capacidad es una e indivisible y –según Chávez Ascencio– encierra dos aspectos: la capacidad de titularidad que es que debe predominar y que condiciona a la de obrar (ejercicio).²⁷ Lo anterior es así, ya que la capacidad de goce subordina a la de ejercicio, por ser el presupuesto de ésta última; por tanto, si no se tiene la capacidad de goce para un acto en específico, tampoco se tendría la de ejercicio para el mismo acto; en cambio, si se tiene la capacidad jurídica, podrá tenerse o no la de ejercicio según la persona tenga o no restricción natural o legal.

Resultará también importante el hacer algunas precisiones en cuanto a la terminología de *las especies de capacidad*, y más aún por la alusión que hacemos a la doctrina extranjera que está iluminando gran parte del presente trabajo. Montero

²¹ Un ejemplo en el Derecho argentino de capacidad en la compraventa, lo tenemos a través del epígrafe "*De los que pueden comprar y vender*". "Vélez Sársfield trató en este capítulo la capacidad en relación al contrato de compraventa, reiterando las reglas sobre capacidad contenidas en el Libro Primero. La justificación de esta técnica de tratar particularmente *De los que pueden comprar y vender* radicaría en que en estos casos estamos en presencia de un acto de disposición... La misma política legislativa se sigue en el Proyecto de Código Civil de 1998, en consonancia con los últimos modelos de regulación de la compraventa, que se concentran en aspectos particulares del contrato o en sus modalidades (vgr. la legislación del consumidor), remitiéndose a la parte general de los ordenamientos jusprivatistas en materia de presupuestos, como son la capacidad y la legitimación". (Lorenzetti). ESBORRAZ, David F., "Comentarios de los artículos 1323 a 1433 y 1485 a 1492", en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. X, Tomo I, Contratos Parte Especial, Lorenzetti, Ricardo Luis, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 160 y ss.

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La Capacidad Negocial", *op. cit.*, p. 62.

²³ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 19.

²⁴ *Ibidem*, p. 20

²⁵ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, T. I, Porrúa, México, 1986, p. 431

²⁶ ARAMBURO Y MACHADO, Mariano, *La capacidad Civil*, Reus, Madrid, 1933, p. 7

²⁷ Cfr. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Capacidad", *op. cit.*, p. 39.

Duhalt nos orienta en cuanto al uso de las expresiones sobre la capacidad, lo que desde luego nos ayudará para comprender el contexto, ya que si se consulta una obra *española, argentina, italiana, francesa o chilena, –que son a las que generalmente nos remitimos–*, nos daremos cuenta que utilizan expresiones distintas a las que tradicionalmente usamos en México; mas sin embargo, el significado esencial es el mismo. Así, tenemos que:

a) a la “*capacidad de goce*” se le denomina también: *capacidad jurídica, capacidad de derecho, capacidad pasiva, capacidad de relaciones jurídicas*;

b) a la “*capacidad de ejercicio*” se le conoce también como *capacidad de hecho, capacidad activa, capacidad de obrar, capacidad de actos jurídicos*²⁸

En efecto, en México como sabemos, la doctrina dominante recurre a la expresión “*capacidad de goce*”, sin embargo, en la doctrina extranjera es conocida también con las expresiones “*capacidad de derecho*” o “*capacidad jurídica*”; a lo que en México designamos con el enunciado “*capacidad de ejercicio*”, también se le identifica con las voces de “*capacidad de hecho*” o “*capacidad de obrar*”²⁹

Partiendo de lo general a lo particular, el maestro chileno Alfredo Barros Errazuriz subraya que la general es la capacidad de goce o “*adquisitiva*” y luego viene la que permite actuar al sujeto sin la intervención de representante, conocida como “*de ejercicio*”; una para contraer obligaciones y adquirir derechos; la otra para exigirlos por propio derecho.³⁰ Por su parte, el maestro argentino Julio César Rivera considera que el concepto de capacidad no queda circunscripto solamente a la aptitud para contraer y adquirir respectivamente obligaciones y derechos; es decir, la de goce, ya que, si así fuera, veríamos sólo un aspecto de este atributo. La capacidad, entonces, ha de incluir también, la aptitud para cumplir esos deberes y ejercer esos derechos, es decir, la llamada capacidad de hecho o de ejercicio.³¹ En éste orden de cosas, Santos Cifuentes en una voz corta en su expresión pero amplia en cuanto a su alcance, define a la capacidad como *la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos*.³² La anterior noción como lo hemos indicado, es muy asequible y clara, empero, también es perfecta al ser integral, pues abarca los dos aspectos de la capacidad, la *jurídica o de “goce”*, y la de obrar conocida como de “*ejercicio*”.

²⁸ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 830.

²⁹ Cfr. “Es muy frecuente que la capacidad de derecho sea denominada, de “goce”, por oposición a la capacidad de “ejercicio” como también se llama a la capacidad de hecho; o también “jurídica” propiamente dicha en oposición a la capacidad de “obrar”. Los autores italianos suelen denominar a aquella “titularidad”, término que es muy expresivo para definir lo característico de la capacidad de derecho.” LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, *op. cit.*, p.392.

³⁰ BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago, 1930, p.126

³¹ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 393

³² CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 175

¿A quién se le imputa ésta separación de la capacidad? El Código Civil Federal, en ninguna de sus disposiciones utiliza la expresión “*capacidad de goce*”, ni tampoco la correspondiente a la “*capacidad de ejercicio*”; hay sólo tres disposiciones que hacen alusión pero a la “*capacidad jurídica*.” Tales disposiciones son las siguientes:

Artículo 20.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo Tercero Transitorio En vigor a partir del 1o. de octubre de 1932. Que Establece.- La capacidad jurídica de las personas se rige por lo dispuesto en este Código, aun cuando modifique o quite la que antes gozaban; pero los actos consumados por personas capaces quedan firmes, aun cuando se vuelvan incapaces conforme a la presente ley.

Por ende, las expresiones de capacidad de goce y de ejercicio no derivan de la ley, sino que se atribuyen a la dogmática jurídica; el jurista mexicano Rafael de Pina reconoce que es la doctrina la que “admite que ésta capacidad presenta dos manifestaciones, que son la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos (capacidad abstracta y concreta respectivamente);³³ así pues, la capacidad tiene dos especies; la *de goce o jurídica*, que es la idoneidad del sujeto para tener facultades y deberes; y la *capacidad de obrar jurídicamente*, llamada también *de ejercicio*, entendida como la facultad poseída para ejecutar *per se* los deberes y exigir *per se* esos derechos.

En éste orden de ideas, Montero Duhalt expone que la noción de capacidad de derecho o de goce “se aplica genéricamente al concepto de capacidad y específicamente a una de las dos clases de la misma, la capacidad de derecho o de goce. Se reserva a la segunda especie de capacidad, conocida con el nombre de capacidad de hecho o de ejercicio, el concepto de ser la aptitud de la persona para actuar por sí misma en los negocios jurídicos.”³⁴ La capacidad jurídica en *sentido amplio*, se ha definido como la aptitud que detenta el sujeto de derecho para ser titular de derechos y obligaciones, así como para que en su caso, si la persona está habilitada jurídicamente, pueda hacer valer por sí esos derechos que tiene, o cumplir por sí las obligaciones que le sean atribuibles. Del anterior concepto se desprende que la capacidad puede verse como una aptitud, o como una habilitación. La aptitud

³³ Cfr. PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Introducción, personas, familia*, PORRÚA, México, 1989, p. 208.

³⁴ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 287 y ss.

consiste en la idoneidad de la persona para tener derechos y obligaciones, a lo que se denomina como “capacidad de goce”; la habilitación para actuar por su propio derecho, haciendo valer o cumpliendo “por sí” esos derechos y obligaciones que le son atribuibles, es lo que se denomina capacidad de obrar o de ejercicio. Entonces, la capacidad es de dos tipos, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.³⁵

Para la conclusión del presente apartado, daremos pie a determinar los principios que rigen a la capacidad y a continuación describimos;³⁶ Manuel Chávez Ascencio considera que son los siguientes:

- a) Están capacitados para contratar todos los sujetos no excluidos expresamente por la ley; así la capacidad elemento positivo es la regla; la incapacidad, elemento negativo de la capacidad, es la excepción.
- b) Lo particulares no pueden establecer capacidades, ni incapacidades, sólo la ley puede conferirlas, restringirlas, limitar, renunciarlas o negarlas.
- c) La capacidad jurídica es reconocida por igual para el varón y la mujer
- d) Los mayores de edad tienen capacidad plena, salvo las limitaciones de ley
- e) La salud puede afectar la capacidad de las personas.

3.2.1. Antecedentes históricos.

En la *edad Antigua* que inicia con el florecimiento de la escritura y termina con el declive del Imperio Romano de Occidente, en el año 476.³⁷ En ella, como lo veremos, el ordenamiento jurídico no reconoció la dignidad humana a todas las personas, así como tampoco la capacidad jurídica, prueba de ello es la esclavitud que existió como institución jurídica, es la máxima negación de esa dignidad y de la capacidad jurídica.

En el derecho romano sólo el hombre en su acepción de ser humano tuvo capacidad jurídica, aunque no se le denominó así –la expresión empleada en el Derecho

³⁵ Cfr. La doctrina –expresa Rafael de Pina- “admite que ésta capacidad presenta dos manifestaciones, que son la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos; PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano, Volumen I, op. cit.*, p. 208.

³⁶ Manuel Chávez Ascencio considera que los principios³⁶ de la Capacidad son los que siguen: a) Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley (arts. 24 y 1798 c.c.); b) Sólo la ley puede decretar incapacidades (art. 23 c.c.). A nadie le corresponde la facultad para negar o conferir la aptitud. Los particulares no pueden otorgar o limitar la capacidad de otro. No depende de los particulares la capacidad, por ser un atributo de la persona. Ejemplos: Arts. 1355, 1358, 2301 y 2901 c.c.); c) La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer (art. 2 c.c. y 4 const.); d) El mayor de edad tiene capacidad completa, salvo las limitaciones que establezca la ley (art. 24 c.c.); y e) La salud puede afectar la capacidad en los términos del artículo 450 c.c. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *op. cit.*, p. 44

³⁷ DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *El mundo moderno y contemporáneo I. De la edad moderna al siglo imperialista*. Pearson Educación, México, 2005, p. 5

romano fue la de *status*-; Tomás Pumar Ortega escribe: “Sea cual fuere el concepto que los juristas romanos tuviesen sobre la capacidad jurídica, lo cierto es que la doctrina romanista ha entendido por ésta la aptitud para ser sujeto de derechos. Esta aptitud, en el derecho romano como en el actual, se reconoció solamente al hombre, a tenor del principio recogido por el Digesto. *Hominum causa ius constitutum sit primo de personarum statu dicemus.*”³⁸ En efecto, es en el Derecho Romano donde encontramos el triple estatus que es el antecedente histórico más directo que tenemos sobre la capacidad jurídica; sobre todo en la época imperial, en la que existió una marcada diferencia social entre los habitantes de los territorios ocupadas por el dominio romano. Roberto de Ruggiero nos menciona: “La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple “*status*” de que la persona gozaba; el *status libertatis*, el *st. civitatis* y el *st. familiae*, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y del último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado”.³⁹

Sin embargo, se debe precisar si se requería tener el triple *status*, para ser persona, o bastaba con tener sólo alguno o algunos de esos estatus. Belluscio considera que para ser persona, si era menester tener el triple *status*, nos indica: “en el derecho romano primitivo, la personalidad legal, esto es, la posibilidad de ser sujeto del derecho, requería la reunión de las tres calidades de libre, ciudadano y jefe de familia (*sui iuris*). Con posterioridad ese rigor se atenuó, al reconocerse limitada capacidad a quienes carecían de alguna de ellas. Actualmente, esas distinciones han perdido significación; sin embargo, el estado reviste importancia por los diversos efectos que produce respecto a la determinación de la capacidad de las personas”.⁴⁰ Por nuestra parte, consideramos que ni en el derecho romano primitivo, los sujetos de derecho requerían de la reunión de los tres estados (estatus), si para tener una personalidad completa,⁴¹ pero no para ser personas, pues para ello, bastaba tener el *status libertatis*.

En éste orden de cosas, si “el conjunto de derechos y facultades de un individuo –como lo considera Tamayo y Salmorán– constituía su *status*; de ahí que los viejos civilistas definieran “*persona*” como: “*homo cum statu suo consideratus*”.⁴² Entonces, mientras más derechos y facultades se poseen, se tiene más *status* y por ende mayor capacidad; en sentido opuesto, menos derechos y facultades implican menor *status* y una capacidad más limitada. Con éste mismo alcance Sara Montero

³⁸ PUMAR ORTEGA, Tomás, “Algunos aspectos de la capacidad jurídica en el Derecho Romano, *La capacidad Jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2005, p. 91

³⁹ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 338.

⁴⁰ BELLUSCIO, Augusto, *Manual de Derecho Familiar*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 35

⁴¹ Vid. MORINEAU IDUARTE, Martha, et al., *Derecho Romano*, Oxford, México, 2003, p. 40

⁴² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Persona”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, P-Reo, UNAM, México, 1984, p. 98

Duhalt precisa que “la capacidad de goce no se tenía en el mismo grado; dependía de la clase social a la que se pertenecía. Personas de familias senatoriales, simples patricios, ingenuos o libertos, tenían capacidades de goce ligeramente distintas... Por lo que respecta a la capacidad de ejercicio, ésta comenzaba con la pubertad. Sin embargo, existía una zona intermedia (como actualmente en el caso de los emancipados), entre la incapacidad y la plena capacidad, que se iniciaba a los 25 años.”⁴³ En efecto, en el Derecho Romano, los seres humanos se clasificaban en libres y esclavos; los libres a su vez, podían ser ciudadanos romanos o extranjeros conocidos también como peregrinos; los ciudadanos romanos podían ser ingenuos, si nunca habían sido esclavos, o libertos si habían sido esclavos y su ciudadanía obedecía a una manumisión previa; por último, dentro de la familia los seres humanos podían ser los “*sui iuris*”, si eran la máxima autoridad desde el punto de vista familiar, y por ende, ejercían el poder familiar llamado “*patria potestas*”, o bien, “*alieni iuris*”, si por el contrario estaban sujetos a ese poder familiar. De lo anterior podemos deducir que, quienes tenían el triple status, tenían más capacidad jurídica que, quienes tenían sólo doble status, o bien, sólo la libertad; por ello es que, un ciudadano romano, tenía más capacidad jurídica que quien era peregrino, por ejemplo, ya que éste último no podía participar en los comicios ni desempeñar cargos públicos. De éste modo, la capacidad variaba y dependía de la situación del ser humano, mientras más status, más capacidad y viceversa.

Una afirmación también muy importante que pareciera contraria a lo que tradicionalmente consideramos, ha sido señalada por los siguientes juristas. Se ha dicho que el esclavo no era persona, y por tanto, no era sujeto ni de derechos, ni de obligaciones; empero, Margadant, señala que el esclavo se consideraba una persona incompleta, se reconoció cierta eficacia procesal a los actos hechos por esclavos. Según Guillermo Floris Margadant, “esta vacilación entre el tratamiento jurídico de los esclavos se manifiesta también en una curiosa Cita de Ulpiano: “dentro del *ius civile*”, los esclavos no son considerados como personas; pero en el derecho natural todos los hombres son iguales”. El *ius honorarium*, se situaba en una postura comprendida entre el *ius civile* y el *ius naturale*, pues al esclavo no era *enteramente* una persona, pero tampoco se le desconoció personalidad total; la prueba de ello es que dió eficacia procesal a muchos actos jurídicos realizados por él, mediante las *actiones adjectitiae qualitatis*.⁴⁴ Luis Legaz y Lacambra sostiene que es imposible que el esclavo no haya sido persona, se trata de un imposible,⁴⁵ Chávez Ascencio en cambio expresa que ni con la esclavitud lograron extinguirse todos los deberes de la persona, aunque

⁴³ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, 835

⁴⁴ MARGADANT S. Guillermo Floris, *Derecho Privado Romano*, ESFINGE, México, 1999, p. 120.

⁴⁵ “... los romanos no dejaban de reconocer que esta idea de la esclavitud era contraria al Derecho natural y la propiedad sobre el esclavo era una forma de potestas. Y aun en el orden jurídico positivo esta negación de personalidad no era integral, pues siempre quedaban reconocidos ciertos derechos, aunque en grado mínimo y en cierto sentido de modo subrepticio.” LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 20.

sí sus derechos,⁴⁶ Carlos Cossio, expresa que es falso que el esclavo no haya sido persona, pues el esclavo –*en las organizaciones sociales que reconocieron la institución de la esclavitud*– era ente de atribución de deberes.”⁴⁷

Una prueba de ello la tenemos en relación a la situación del esclavo respecto a los peculios, Guillermo Floris Margadant nos relata la importancia del esclavo en la vida productiva y económica; amplio sector de la economía romana descansaba en los esclavos “sus dueños confiaban bienes en administración (peculios), respecto a estos peculios, los esclavos celebraban contratos que producían a favor de los terceros un derecho de acción contra el dueño del esclavo, dicha responsabilidad no podía exceder del valor del peculio. Los actos jurídicos celebrados por el esclavo con consentimiento expreso de su dueño, obligaban directamente a este.”⁴⁸

En *la edad media*, comprendida de la caída del Imperio Romano de Occidente, en año 476 a la toma de Constantinopla por los turcos en 1453 y representa la caída del Imperio Romano de Oriente,⁴⁹ por influencia del cristianismo, y de la filosofía de los padres de la Iglesia, se va dando de manera paulatina la liberación de los pueblos mediante la abolición de la esclavitud, al no haber ésta oprobiosa institución, todo hombre tenía capacidad jurídica, puesto que era persona. Según palabras de Santo Tomás, expuestas en la Suma de Teología, el hombre es una especie animal,⁵⁰ e inspirándose en la definición clásica de Boecio que la concibe como “*La substancia individual de naturaleza racional*”, persona para Tomás de Aquino es *lo más perfecto que hay en la toda la naturaleza racional*, o sea el ser subsistente diferente en la naturaleza racional; como un ser *peculiar o distinto*. Y en la cuestión 29, sobre las personas divinas, de la parte I de La Suma de Teología aclara que “Boecio había definido la “persona” como una sustancia individual de naturaleza racional (*de duab, Natur. #: ML 64, 1343*), definición que fue muy discutida a lo largo del siglo XII. 320.”⁵¹ Aclarando que “*la substancia individual*” simboliza lo especial dentro del

⁴⁶ “Se ha sostenido que la esclavitud y la muerte civil fueron causas extintivas de la capacidad y por consiguiente de la persona. Al esclavo se le consideraba cosa, y el declarado civilmente muerto perdía todos sus derechos, cesando su persona. La verdad es que ni la esclavitud ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de la persona, aun cuando extinguieron sus derechos.” CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *op. cit.*, p. 40

⁴⁷ “es falso que los esclavos no sean personas jurídicas, pues el derecho positivo les impone deberes y, por lo tanto, sanciones para el caso de incumplimiento. Es, sobre todo, en materia penal donde se podrá comprobar que los esclavos si han quedado sujetos a la regulación jurídica... Además, también tienen la facultad de inordinación. Ahora bien, si el derecho toma en cuenta al esclavo como centro de imputación de determinados deberes y facultades, existirá su personalidad a pesar de que esté sensiblemente restringida... No es exacto que en la historia del derecho o en el derecho moderno hayan existido o existan hombres, como seres plenarios en su realidad plenaria, que no hayan sido o sean personas”. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964. p. 205.

⁴⁸ MARGADANT S. Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁹ Cfr. DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *op. cit.*, p. 5

⁵⁰ AQUINO, Tomas de, *Suma de Teología I*, Parte I, Trad. José Martorell Capó, y Sebastian Fuster Perrelló, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, p. 321

⁵¹ *Ibidem*, p. 320

género de la sustancia, y luego se adiciona “la naturaleza racional” por ser lo particular de las naturalezas racionales.⁵²

En esta época, se concebía a la persona humana como directamente ordenada a Dios, como su fin último absoluto. Así es como fue paulatinamente aboliéndose la esclavitud y la consecuente vocación extensora de la capacidad a todo ente humano. Tratándose de la capacidad de ejercicio, el derecho de la edad media, tal es el caso de las ordenanzas españolas como el “(Fuero juzgo, Fuero Viejo, Fuero de Castilla, Fuero Real y las Partidas) –que constituyen la fuente más directa de nuestro derecho–, se consignan de preferencia las incapacidades en razón de la edad y del sexo femenino”.⁵³ Sin embargo a pesar de esa vocación extensora, en el plano del derecho positivo en su totalidad no ocurrió así, pues la esclavitud perduró como institución jurídica en muchos países del mundo, la prueba es que en el imperio absoluto romano no desapareció, ni inclusive en el derecho Justiniano, aunque se dio al esclavo un trato más justo, no desapareció la esclavitud.

La *Edad Moderna* abarca la segunda mitad del siglo XV hasta la Revolución Francesa de 1789.⁵⁴ En base a las ideas de la ilustración francesa sustentadas en el individualismo y el liberalismo, debemos reconocer que se le da un papel importante a la dignidad de la persona, en virtud del cual, el ordenamiento jurídico viene a ser la causa adecuada, los términos de “hombre” y “sujeto de derecho” o “persona humana”, no son lo mismo, si bien, todo ser humano tiene la aspiración natural a ser persona, por el simple hecho de ser humano, no se lograría esto sin que la norma jurídica como causa adecuada, le dé sentido mediante la atribución de derechos y obligaciones jurídicas, por ello es que en ésta época “todo ser humano” es “persona”, en el liberalismo, se produce el reconocimiento de los derechos subjetivos públicos, es decir, derechos que tienen los seres humanos oponibles ante el estado, pues se considera a éste último como sujeto pasivo de los mismos, y por tanto el único ente que puede violarlos o conculcarlos.

Pérez Luño precisa que “a partir del siglo XVIII en el que el concepto de derechos naturales se cambia por derechos del hombre y derechos fundamentales, que no es más que la aspiración del iusnaturalismo iluminista por la constitucionalización de dichos derechos,”⁵⁵ cuyo gran sumario es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ahora bien, a pesar de ello, siguió existiendo la esclavitud como sistema jurídico, pues los antecedentes y la realidad histórica nos dan razón de los pueblos en los que a algunos seres humanos, jurídicamente se les ha negado la calidad de persona.⁵⁶

⁵² *Ibidem*, p. 322.

⁵³ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 835 y ss.

⁵⁴ *Cfr.* DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *op. cit.*, p. 5

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 33

⁵⁶ FLORES GARCÍA, Fernando, “Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 25, Sección Doctrina, pp. 239-300, IIJ-UNAM, México, 1957, p. 245

La edad contemporánea. Después de la revolución francesa comienza la *Edad contemporánea*, (de 1789 a la fecha para algunos historiadores), a la que todavía no se le ha dado una fecha oficial de conclusión, aunque algunos historiadores, suelen utilizar el año 1945, *fin de la Segunda Guerra Mundial*, para el inicio de un nuevo periodo al que se le da el nombre de *"Mundo actual"*.⁵⁷ En ella encontramos toda vía a la esclavitud y otra figura que provocaba cierta incapacidad: *la muerte civil*; en el arcaico derecho francés, quienes abrazaban el estado religioso sufrían esta sanción; esto es, se tenían por muertos para toda la sociedad, perdiendo así su vida civil.

A mediados del siglo XIX, así también fueron considerados los condenados a muerte, los condenados a trabajos perpetuos forzados, y los condenados con la deportación. *"La muerte civil era una ficción, por virtud de la cual el condenado, no obstante que aún viva, se consideraba muerto ante la ley. El muerto civilmente continuaba viviendo, y por ese solo hecho, a menos que quisiera dejarlo morir de hambre, era necesario reconocerle ciertos derechos."*⁵⁸ Sin embargo, igual que en la esclavitud, aún en los casos de muerte civil, quienes la sufrían conservaban cierta capacidad ya que debían cumplir deberes impuestos en base al *ius puniendi*, era un castigo para quienes a ello eran penados.⁵⁹

Prueba de lo anterior es que en el siglo XIX, aún existía de derecho la esclavitud, ya que en el México independiente, hasta el 6 de diciembre de 1810, Miguel Hidalgo, líder de la Independencia, decretó en Guadalajara la abolición de la esclavitud en todo el país. El 5 de octubre de 1811 José María Morelos hizo lo mismo en Chilpancingo ordenando la libertad de los esclavos.⁶⁰ No obstante lo anterior, también en ésta época se generan los llamados derechos sociales, no obstante, muchos derechos carecen de eficacia efectiva ante el Estado, quedan como poesía constitucional, por ello, el tema de los derechos humanos sigue siendo algo idealista, no se percibe una concreción de los mismos. Lo que sí se puede asegurar es que en los Estados Contemporáneos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, al menos desde el plano jurídico-formal, no existe la esclavitud, lo que implica el pleno reconocimiento a la dignidad de la persona y por tanto de la capacidad jurídica.

⁵⁷ Cfr. DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *op. cit.*, p. 5

⁵⁸ PLANIOL Marcel, et al., *Tratado elemental de derecho Civil*, (Traductor. Péreznieta Castro, Leonel.), Vol. 8. OXFORD, México, 2004, p. 62

⁵⁹ "La muerte civil, en las legislaciones que la adoptaron (entre nosotros no existe), trae como consecuencia la pérdida de los derechos del estado civil, de los derechos de potestad, de los patrimoniales, de los políticos y públicos subjetivos; es decir, prácticamente el status de la persona. Desde el punto de vista de sus facultades será suprimido por el derecho. Sin embargo, el que sufría la muerte civil, no perdía su calidad de persona por cuanto mantenía una cierta capacidad. Al imponerse como pena, aquel a quien se aplicaba era sujeto de deberes desde el punto de vista del derecho penal. Podía sufrir nuevas sanciones, supongamos, si cometía otros delitos. Debía observar cierta conducta en la cárcel, como obligatoria, incurriendo en ciertas sanciones si no la observaba." CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Capacidad", *op. cit.*, p. 40.

⁶⁰ MARTÍNEZ MONTIEL, Luz María, *Inmigración y Diversidad Cultural en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 35 y DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *op. cit.*, p. 382.

En el *mundo actual*, a partir de la segunda guerra mundial, la dignidad humana es de trascendental importancia, es la base del reconocimiento de todos los derechos humanos, incluso va más allá del texto escrito. En virtud de los totalitarismos, de las Guerras Mundiales, que provocaron no sólo los ataques contra la dignidad humana y conculcación de derechos, sino la acotación de libertades, derechos; y por ende, de capacidades jurídicas. Después de la segunda guerra mundial se han suscitado acontecimientos importantes, las convenciones de Ginebra, pero el de trascendental importancia fue la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas.⁶¹ Por ello, es que en nuestros días, ya no es reconocida la esclavitud ni la muerte civil,⁶² aunque en el derecho mexicano no se ha reconocido ésta figura,⁶³ por ello es que hoy en día podemos afirmar que *toda persona tiene necesariamente capacidad de goce*, pues no es posible concebir una total incapacidad de goce, ya que equivaldría a negar la personalidad. Sin embargo, hemos también reconocido que sí hay incapacidades parciales de goce, y ésta se actualiza cuando a personas determinadas se les vedan ciertos derechos de los que gozan las demás personas; sólo respecto de tales derechos son incapaces, pues no pueden gozarlos.⁶⁴ Ernesto Gutiérrez y González señala al respecto: “La capacidad de goce es el producto de luchas políticas que se han sostenido por siglos, y de ahí que hoy día, ningún país niegue totalmente esta capacidad, si bien es cierto que en función también de razones políticas y de seguridad nacional, se establecen algunas restricciones a la misma, originándose así la incapacidad parcial de goce.”⁶⁵ Por otro lado, como la capacidad se presenta como la regla, y la incapacidad es la excepción. Dicho en palabras del maestro José Luis de la Peza, “*toda persona es capaz para contratar y obligarse, salvo que se encuentre en uno de los supuestos de incapacidad que expresamente establezca la ley*”.⁶⁶ Por tanto, cuando excepcionalmente por parte del derecho positivo se niega determinado derecho a una categoría de personas, decimos que hay incapacidad de goce, porque a esa categoría de sujetos en concreto, no tendrían el o los derechos específicos señalados por la ley; por tanto, tampoco sería posible que los pudieran hacer valer por medio de otra persona; en cambio, si alguien es titular de un derecho, tiene la capacidad de goce respecto al mismo, y si además no se encuentra limitada por la ley para el ejercicio del mismo, podrá hacerlo valer por sí o por medio de un representante.

En el neo constitucionalismo tienen capital importancia los derechos fundamentales, que lejos de ser idealistas, se pretende sean realistas a través de su

⁶¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003, p. 5.

⁶² Era una pena consistente en la privación total de los derechos de la persona. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 106.

⁶³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, Tomo I, *op. cit.*, p. 433

⁶⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, México, 1999, p. 48

⁶⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, CAJICA, Puebla, 1987, p. 417

⁶⁶ DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, *De las Obligaciones*, México, McGRAW-HILL, 1997, p. 26

plena eficacia, no es suficiente el que estén reconocidos, sino que además, suficientemente garantizados; los derechos fundamentales se van descubriendo día a día a través de la interpretación constitucional, que tiene como uno de sus pilares, *a la dignidad humana*, concebida como valor y principio que está por encima de las meras reglas (normas jurídicas secundarias); por ende, al irse reconociendo y descubriendo nuevos horizontes de los derechos fundamentales, en esa misma medida, aumenta la capacidad jurídica de las personas.

3.2.2. La capacidad como atributo de la persona (Primer dimensión)

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, *atributo* proviene del latín *attribūtum*, cuya acepción apropiada al tema estudiado es “1.m. Cada una de las cualidades o propiedades de un ser.”⁶⁷ Así, los atributos de la persona son las cualidades o propiedades que le dan la individualización a cada una de las personas; y estas cualidades son: *el nombre, el domicilio, la nacionalidad, la capacidad, el patrimonio, y el estado civil*, en tratándose de personas físicas, pues las jurídicas colectivas no tienen éste último.

Antonio Vodanovic, de manera muy similar a lo antes precisado subraya: “los atributos se reducen a los siguientes: a) capacidad de goce; b) nacionalidad; c) nombre; d) estado civil (del cual carecen las personas jurídicas); e) domicilio, y f) patrimonio.”⁶⁸ Sin embargo **queremos advertir que señala de manera muy especial a “la capacidad de goce”**; y en efecto, se considera que es más preciso que simplemente referirse a “la capacidad”; consideramos que es correcta la expresión señalada por lo que sigue: la capacidad jurídica o de goce, es un atributo como tal que correspondería a todo sujeto de derechos, ya que quienes carecen de la capacidad de ejercicio, y sólo tienen la primera –caso de los menores de edad, por ejemplo–, no por ello dejan de ser personas; a contrario sensu, toda persona necesariamente tendrá capacidad de goce, aunque podrá haber casos en que no tengan la de ejercicio. En suma, toda persona constante y necesariamente tendrá los aludidos atributos, y la capacidad que toda persona tiene por necesidad, es la capacidad de goce.

Cada persona es distinta de las demás, no podría concebirse *la individualidad de la persona*, lo que la hace única y distinta de las demás, de no ser por lo que se ha denominado “*atributos de la persona*”. Santos Cifuentes subraya: “El orden jurídico no podría revelar la existencia autónoma de la persona, su unidad portadora de personalidad, o aptitud sub iure en la adquisición de derechos y obligaciones, sin todos o cada uno de esos cinco elementos. Los cinco atributos son: el estado, el patrimonio, el domicilio general, el nombre y la capacidad de derecho.”⁶⁹ En esta misma dirección Julio César Rivera considera que “la persona tiene una serie de atributos que no vacilamos en calificar de

⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua*, op. cit., p. 245.

⁶⁸ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, op. cit., p. 221

⁶⁹ CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 120

inherentes a la personalidad, una serie de cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de su personalidad y que la determinan en su individualidad...esas circunstancias se dan en razón de la persona física (y moral) y ésta no puede ser considerada tal sin ellos."⁷⁰

De las ideas expresadas con anterioridad deducimos que, la suma de todos y cada uno de los atributos que necesariamente tienen los sujetos de derecho, son lo que se jurídicamente se considera para distinguir a un sujeto de derecho de otro, dándole así su propia individualidad, su esencia única que no los confunde con los demás sujetos de derecho, sino que por el contrario los distingue: *el nombre, el domicilio, la capacidad, el patrimonio, el estado civil, y la nacionalidad de la persona* son únicos en relación a la persona misma, pues estos atributos, lo son en función de su individualidad misma. Abundando sobre el concepto de atributo nos precisa Santos Cifuentes que la persona, por tanto, está jurídicamente conformada con dichos componentes estructurales de su individualidad, que son, en consecuencia, sus atributos, es decir, "las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho"⁷¹ Por ejemplo, la nacionalidad que determinado sujeto pueda llegar a tener, se confiere en relación a las circunstancias específicas que inciden en ese sujeto, es decir, se confiere en función de la singularidad o particularidad de cada persona; no sería apropiado decir, por ejemplo, que dos personas tienen la misma nacionalidad, jurídicamente esto no sería posible, pues cada una de ellas tiene la propia, y la tienen en función del vínculo jurídico que a cada uno de ellos, *en lo individual*, los une a un Estado determinado, del cual, son nacionales. Lo mismo podrá decirse de los demás atributos, que cada uno de éstos se tiene en función de las circunstancias singulares de cada persona y le dan individualidad a ésta.

En otro orden de cosas, los atributos a quien corresponden: *¿son atributos de la persona?, ¿son atributos de la personalidad?*

Por ello, antes de continuar, debemos clarificar que los derechos de la persona son muy distintos a los derechos de la personalidad para al final poder determinarlos como atributos. La personalidad según Parra Trujillo "es el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano, derivadas de su individualidad, su modo de ser, que lo distingue de otros seres humanos haciéndolo un ser único e irrepetible."⁷²

Sobre éste tema, Eduardo García Villegas inspirado en las ideas de Ferrajoli considera que los *derechos de la persona*, son aquellos subjetivos que tiene todo humano reconocido con *estatus personae*, tal es el caso de los derechos fundamentales,

⁷⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 391

⁷¹ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 120

⁷² PARRA TRUJILLO, Eduardo de la., "Derechos de la Personalidad: Teoría General y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales", pp. 139-163, *Jurídica* No. 31, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 2001, p. 141

por ejemplo, ya que se conceden evidentemente a todas las personas. En cambio, *“los derechos de la personalidad son el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen.”*⁷³ Los derechos de la personalidad son derechos sobre la persona misma y tienen como teleología proteger la dignidad humana, *“buscan otorgar un marco jurídico que proteja el libre desenvolvimiento de la personalidad humana.”*⁷⁴ Hablar de los derechos de la personalidad como derechos sobre la propia persona, en nuestro país es prácticamente algo nuevo, aunque han sido enunciados en la jurisprudencia mexicana, y algunos investigadores se han aproximado a su contenido, no se han desarrollado de manera amplia en la legislación nacional.⁷⁵ Se han denominado también por algún sector de la doctrina, como *subjetivos fundamentales de las personas físicas*.⁷⁶ Estos derechos son distintos a lo que conocemos como los atributos de la persona que previamente hemos señalado. Ricardo Treviño García hace un estudio intitulado *La persona y sus atributos* donde distingue entre persona y personalidad, y luego señala lo que considera como atributos de la personalidad, incluyendo en éstos al nombre, domicilio, capacidad, patrimonio y nacionalidad.⁷⁷

Apoyado en los conceptos civilistas de personalidad como proyección o reflejo de la persona misma, Gutiérrez y Gonzáles nos brinda como concepto de *derechos de la personalidad* el siguiente: *“los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas y psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico”*.⁷⁸ Para Enrique Romero González, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos derivados de los preceptos normativos, para tutelar la dignidad humana mediante la protección de bienes jurídicos conformados por esas proyecciones físicas o psíquicas.⁷⁹

Así, la protección de los bienes esenciales e inherentes a la propia persona, sean pecuniarios o morales, que derivan de la dignidad de la persona misma y constituyen esa proyección del ser humano, así como los derechos subjetivos que protegen esa dignidad, conforman esos derechos sobre la propia persona, a los que en

⁷³ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 20

⁷⁴ PARRA TRUJILLO, Eduardo de la., *op. cit.*, p. 141.

⁷⁵ PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Personas y derechos de la Personalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año, XLIV, núm. 131, Mayo-Agosto de 2011, pp. 877-882, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 877.

⁷⁶ GUITRÓN FUENTE VILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Vol. II. Promociones Jurídicas y culturales, México, 1992, p. 171.

⁷⁷ Vid. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *La Persona y sus Atributos*, Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, San Nicolás de los Garza, 2002, p. 27, 30 y 45.

⁷⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio. El pecuniario y el Moral o derechos de la Personalidad*, Porrúa, México, 1999, p. 776.

⁷⁹ ROMERO GONZÁLEZ, Enrique, “Los derechos de la Personalidad”, en MEDINA-RIESTRA, Alfredo, *Teoría del Derecho Civil*, Universidad de Guadalajara-Porrúa, México, 1999, p. 250.

México se les ha denominado por “consenso casi generalizado”,⁸⁰ como derechos de la personalidad, en palabras de Romero Figueroa: “conforman un conjunto de derechos que son la esencia de ésta en su calidad de ser humano, entre ellos, **la vida, el honor, la integridad física y la salud**. Su característica principal es la tutela o protección contra cualquier ataque de terceros, con el fin de conservar la vida, la integridad del cuerpo, el honor, el respeto a la imagen, a la parte afectiva de la persona, al goce y reconocimiento de los derechos de autor, y aun a exigir el respeto a los seres fallecidos y de la memoria de los parientes, ya que en respeto al cadáver y a la memoria de las personas el derecho civil protege el sentimiento de afección, en el que se basa el afectuoso recuerdo de la persona fallecida. En todo caso, **se trata de proteger un conjunto de bienes morales no resarcibles en dinero...** desde el punto de vista de las personas físicas es un daño no patrimonial y, por tanto, no es resarcible sino únicamente compensable, ...”⁸¹

No obstante lo anterior, por otro lado, tenemos a **quienes no distinguen** entre derechos de la persona con *derechos de la personalidad* y *atributos de la persona con atributos de la personalidad*, y consideran indistintamente dichos términos. Así lo refiere Vodanovic cuando indica: “La teoría clásica llama **atributos de la personalidad** a ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos.” García Villegas y Montero Duhalt, se refieren también a los **atributos de la personalidad**. El primero de los mencionados considera que “la personalidad se manifiesta a través de ciertas características peculiares que son sus atributos, entre ellos: el nombre (los vocablos de cuya adecuada combinación resulta la particularización de la persona); el domicilio (el lugar donde reside habitualmente una persona);... la nacionalidad (conjunto de relaciones jurídicas atribuibles a una persona, que crean una determinada situación frente al Estado al que pertenece); patrimonio (conjunto de cosas tangibles e intangibles y deudas que corresponden a una persona); y la capacidad ...”⁸² El estado civil, para García Villegas se constituye por la situación del sujeto para con la familia y con el Estado político. Sara Montero nos precisa que “doctrinalmente la capacidad se ha considerado, juntamente con el nombre, el domicilio y el estado, como uno de los **atributos de la personalidad**.”⁸³

¿Cuál podría ser la solución correcta a las interrogantes que preceden? De nuestra parte, consideramos que éstos atributos son cualidades de la persona y no de la personalidad, como algunos juristas erróneamente así lo consideran; desde nuestra perspectiva, los atributos corresponden a la persona porque es el ente a quien se imputan, y no a la personalidad, ya que ésta no es otra cosa que la proyección del ente; por tanto, es a la persona y no a la personalidad, a quien le corresponde determinado nombre; tal o cual domicilio; cual nacionalidad; quien tiene o no

⁸⁰ Cfr. PARRA TRUJILLO, Eduardo de la., *op. cit.*, p. 142

⁸¹ ROMERO FIGUEROA, Iván Gabriel, “Los Derechos de la Personalidad: Análisis de la contradicción de Tesis 100/2003-PS”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 2, núm. 2. 2006, pp. 61-81, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 69 y 70

⁸² GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 6

⁸³ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p.829.

capacidad para realizar determinado acto jurídico; que tales o cuales bienes o derechos, corresponden a determinada persona.⁸⁴ Lo que sí debemos distinguir, es entre: *“los derechos de la persona”* por un lado, y *“los derechos de la personalidad”*, por el otro; los primeros son el género más amplio que se conforma por todos aquellos derechos subjetivos ya públicos o privados que jurídicamente se le reconocen a las personas; los derechos de la personalidad, sin embargo, son una pequeña especie, se comprenden en ellos sólo los derechos sobre la persona misma, ya que son los que corresponden a esa proyección; y en ellos se encuentran el *honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen*.

En otro orden de cosas, se estima que la capacidad jurídica es la cualidad más importante de los sujetos de derecho. El jurista argentino Jorge Joaquín Llambías, la reconoce como la esencia de la personalidad; como el atributo más típico que permite definir jurídicamente a las personas.⁸⁵ Inclusive otros más la reconocen como el atributo esencial de la persona por la redundancia a la que nos llevan dichos conceptos, pues por un lado, la persona es el sujeto capaz, y el sujeto capaz, es la persona. Jorge Magallón considera que si tomamos como concepto genérico de la persona al sujeto “capaz” de derecho y obligaciones, *“luego entonces, la estamos identificando como una equivalencia y como un sinónimo por medio de la expresión que le da no sólo mayor jerarquía, sino que además, le resulta más íntima y de mayor consecuencia, ya que no resulta extraño el que se confunda la idea autónoma de la persona con la manifestación de su capacidad. Inclusive, hay en ello una redundancia, ya que al preguntarse ¿quién es la persona? Se responde: al sujeto capaz de derechos y obligaciones; como consecuencia, la interrogación continúa y ¿quién es el sujeto capaz de derechos y obligaciones?, la respuesta es: la persona”*.⁸⁶ En el mismo sentido, el jurista argentino Atilio Anibal Alterini considera que el atributo más consustancial de la persona es la capacidad.⁸⁷

La doctrina jurídica se ha encargado de analizar y observar el tema de los atributos de la capacidad; de acuerdo a los estudios que han hecho los argentinos

⁸⁴ No obstante con sobrada razón, en el contexto sociojurídico, se hace referencia a aquellas cualidades, en una relación directa con la persona de que se trata, indicando, por ejemplo, que determinado individuo tiene tal o cual nombre, que su capacidad jurídica se encuentra restringida por alguna causa específica, que su nacionalidad es mexicana o extranjera, etc.; y es que, en realidad, el nombre, la capacidad o la nacionalidad de que se habla le corresponden a esa persona en particular, en función de un calificativo de identificación y ubicación en el ámbito social y jurídico, es decir, los atributos en comento son de la persona, no por que sean exclusivos de algún sujeto en particular, sino por que son elementos constantes y necesarios en todos los entes a los que se les confiere el carácter de personas. *Resulta, pues, incorrecto hablar de atributos de la personalidad y no de atributos de la persona, ya que es en ésta en la que aquellos atributos encuentran su verdadera aplicación concreta.* GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto. *Propuesta de Reforma al Código Civil para el Estado de Guanajuato, con respecto a los atributos de la persona*, Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho civil, en fecha 17 de mayo de 2006 Universidad De La Salle Bajío, León, Guanajuato, 2006, p. 52

⁸⁵ Cfr. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 392

⁸⁶ Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, *Atributos de la Personalidad*, PORRÚA, México, 1987, p. 30.

⁸⁷ ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 204

Julio César Rivera⁸⁸ y Santos Cifuentes⁸⁹ sobre éste contenido, tenemos como características de los atributos las siguientes:

A – Su *unicidad* pues, en principio, son únicos y no puede aceptarse la idea de atributos dobles o triples simultáneos para una misma persona. Cada atributo es consubstancial a la persona misma, por ello, es único pues se establece en relación a un solo sujeto, hay una relación necesaria y única entre atributo-sujeto.

B – Son *necesarios*, habida cuenta de que no se concibe persona que pueda carecer de ellos por cuanto la determinan en su individualidad; toda persona forzosamente los tiene, esto es, no puede haber persona que carezca de alguno de los atributos porque dejaría de serlo.

C – Son *innatos*, se nace con ellos, el nacimiento determina la existencia de la persona y por ende los atributos, pues el hecho del nacimiento con vida hace que adquieran su plenitud;

D – Son *vitalicios*, por cuanto se extinguen con la vida de la persona que los detenta; van con la vida de la persona, al conformarse la persona, la acompaña infaltablemente desde el principio hasta el fin de su existencia.

E – Son *absolutos*, ya que, valen *erga omnes*, es decir, son oponibles –*urbis et orbis*– a todas las otras personas de la sociedad.

F – Son *inalienables*, por tratarse de una materia que hace al orden público; los atributos de la persona no están en el comercio y, en principio, no pueden ser objeto de relación jurídica alguna; no pueden ser transferidos a otras personas, pues por su naturaleza está prohibida la enajenación o disposición.

G – Son *inembargables*, esta característica va de la mano de la anterior, al no poder ser objeto de relación jurídica alguna, tampoco pueden serlo de gravamen alguno.

H – Son *imprescriptibles*, habida cuenta de que no se pierden ni se adquieren por el transcurso del tiempo.

3.2.3. Los presupuestos de la capacidad

Albadalejo considera que la capacidad jurídica⁹⁰ que nuestro derecho reconoce *al hombre*, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de

⁸⁸ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 391

⁸⁹ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 122

relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos. Disentimos de las características de *abstracción y uniformidad*, pues, éstas son características de la personalidad y no de la capacidad; por el contrario, la capacidad jurídica es *concreta y múltiple* pues las personas tienen distinta capacidad, según los derechos que tenga o no tenga cada persona; sin embargo, lo que reconocemos y en lo que coincidimos es que, la persona (hombre) es presupuesto originario de la capacidad jurídica.

Hemos dicho que la capacidad jurídica como el atributo más importante de la persona, tiene como presupuesto básico y necesario a la persona misma. Luego entonces, la persona constituye la premisa esencial y fundamental de la capacidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: “todo hombre es persona. La capacidad de goce –precisa Rojina Villegas–, se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.”⁹¹

En éste rumbo, reforzando esta noción, Manuel Chávez Ascencio considera que “la capacidad da por supuesta la persona y hace referencia a situaciones jurídicas concretas, de tal forma que sin mengua de la persona alguien puede tener mayor o menor capacidad, pero nunca ser más o menos persona, pues esta es o no es.”⁹² Por su parte, en el mismo rumbo Eduardo García Villegas considera que la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia,⁹³ Entonces, al referir que la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia, no hace otra cosa que expresar, que el presupuesto de la capacidad de goce es la existencia misma de la persona.

Partiendo de éste binomio inseparable ya referido en el capítulo precedente “personalidad-capacidad”, o en la expresión que explica *la persona es el sujeto capaz, y el sujeto capaz, es la persona* de Jorge Magallón Ibarra previamente aludida que de alguna forma emulan éste binomio. De éste binomio, *¿cuál es el precedente y cuál el consecuente?* Estimamos que la persona debe ser tenida como el precedente y la capacidad jurídica como el consecuente, ya que, si no se es persona, no se tiene capacidad; y si no se tiene personalidad, tampoco se tiene capacidad jurídica, entonces, tenemos que partir de la persona se determina y deriva la personalidad, y de ellas, la capacidad jurídica.

⁹⁰ Aunque confunde la capacidad jurídica con la personalidad, ya que la capacidad jurídica no puede ser uniforme para todos, un extranjero no tiene la misma capacidad jurídica que un nacional por ejemplo; sin embargo, reconoce al hombre como el presupuesto de la misma. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, BOSCH, Barcelona, 2002, p. 230

⁹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas*, T. I, *op. cit.*, p. 434

⁹² CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *op. cit.*, p. 40

⁹³ “La capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia; la capacidad de ejercicio la tienen sólo aquellos que se encuentran en determinadas condiciones naturales o jurídicas, y siguiendo la aseveración de Coviello, tanto la capacidad de goce como de ejercicio no son derechos, sino presupuestos de los derechos, o de su ejercicio; constituyendo lo que se ha llamado “cualidades jurídicas”. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 26

Para finalizar éste apartado, la capacidad jurídica como atributo de la persona, y por consiguiente consecuencia de la misma persona, *no es otorgada* por el ordenamiento jurídico sino que más bien, *es reconocida* en función de la existencia de persona misma y de su dignidad. Estamos de acuerdo con Guillermo Borda quien de manera muy clara expresa que no se es persona por concesión del derecho, sino por el reconocimiento a esa capacidad.⁹⁴ En efecto, el hombre es persona por el simple hecho de que es ser humano, no se es persona porque el Estado otorgue o niegue ésta categoría; el Estado lo único que hace es reconocer esa calidad consubstancial e inherente al ser humano; del mismo modo, al reconocerse la calidad de persona, va implícito el reconocimiento de la capacidad –*corren pues la misma suerte*– ya que sin ésta, no se podría siquiera aspirar a ser persona; no se podría concebir una persona si no tuviera capacidad jurídica.

Aunque los presupuestos de la capacidad jurídica son la personalidad y la propia persona, es importante situar la posición del derecho positivo ante la capacidad, aunque esta es natural –ya que no es sino reconocida por la norma jurídica–, sin embargo, la medida de esa capacidad e incapacidad sí proviene del derecho positivo. Pumar Ortega así lo considera cuando escribe: *“La capacidad jurídica se trata de una capacidad natural que el derecho positivo puede modificar, restringiéndola o ampliándola, e incluso negándola, o crear artificialmente una personalidad jurídica.”*⁹⁵ De lo que obtenemos que, el lado positivo, es decir, *“la capacidad”* sea natural ya que es un atributo que por esencia corresponde a todas las personas; empero, referente al aspecto negativo, *“la incapacidad”*, sigue la suerte contraria, ya que es el derecho positivo que de manera excepcional la establece. En síntesis, el tema de la capacidad es la regla general y se presume, aunque por cuestiones que el legislador determina –*ya sea de orden público o de interés particular*–, puede ser ampliada de manera explícita, cuando el legislador reconoce nuevas categorías de derechos que antes no estaban especificados o que estaban limitados; la excepción es la incapacidad y sólo existe cuando el legislador de manera expresa así la determina por razones de orden público si es la de goce que protege al Estado y a la sociedad, o de interés particular, si es la de ejercicio que busca proteger al incapaz.

3.2.4. Presunción legal Favorable a la mayor capacidad.

Las leyes sustantivas que regulan la capacidad, se han pronunciado en el reconocimiento de ésta en toda persona, y sólo por excepción existirán las incapacidades. Sobre la capacidad para contratar y esa regla general que de la que venimos hablando, el jurista Jeremías Bentham precisa: *“De la palabra persona, y de otras de que se hace uso para representarla, como un tal, un tercero, aquel, el que, etc., se*

⁹⁴ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p.140

⁹⁵ PUMAR ORTEGA, Tomás, “Algunos aspectos de la capacidad jurídica en el Derecho Romano”, *La capacidad Jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2005, p. 92

derivan un montón de títulos que tendrán en este su centro común. ¿A quién atribuirá la ley la capacidad de adquirir y de contratar? A todos, dirá la regla general, y si hay algunas personas á que se niegue, debe ser por alguna razón particular: así es que sin las excepciones no se destinaría un lugar para la regla general: este lugar solo es necesario para colocar las excepciones.”⁹⁶ Por ello es que los Códigos Civiles se hayan pronunciado en el sentido de habilitar a todas las personas; la prueba de ello –por citar un ejemplo–, la tenemos en el artículo 1798 del Código Civil Federal, que se encuentra dentro del epígrafe que corresponde a “la capacidad”, Libro Cuarto, Primera Parte, Título I, Capítulo I, que establece: “Son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la ley”.

Lo anterior se puede explicar por lo que sigue: si la capacidad jurídica, es el atributo esencial de la persona, la persona como centro de atribución de derechos y obligaciones, no podría más que forzosa y necesariamente ser capaz; el negar ésta última en términos absolutos, sería como negar la existencia de la persona misma. Al respecto, el jurista español Don Manuel Albadalejo señala: “Nuestro Derecho parte de la base –y así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia–...de que las incapacidades, las limitaciones de capacidad y las faltas de legitimación o prohibiciones, no se presumen, sino que han de hallarse efectivamente establecidas por la ley (que, en principio, está a favor de la mayor actuación del sujeto), y las establecidas son de interpretación restrictiva, y ha de probarse que concurren en la persona de que se trate.”⁹⁷ Reforzando ésta idea, tenemos un ejemplo en el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala “El que niega sólo está obligado a probar: ... III.- Cuando se desconozca la capacidad.” El término “desconocer la capacidad” debemos tomarlo como un elemento negativo de la capacidad, en los términos que cita Jorge Magallón, así es que, corroboramos que la incapacidad además de que debe estar expresada en la ley, debe ser probada. Lo anterior nos permite ver un reflejo del porqué el orden jurídico parte del atributo “capacidad”, atributo que le da razón de ser al sujeto de derechos, señalándola así como la *regla general*, y porqué las incapacidades se tendrán de manera excepcional, sólo en los casos que la ley así lo considere; de allí que, las incapacidades no se presuman, y deben ser precisadas por la ley. Por el contrario, la capacidad puede presumirse; de hecho este es un principio “la capacidad se presume”; quien afirme que una persona se encuentra en un caso de incapacidad, deberá entonces demostrarlo, por ello es que se tiene esta presunción legal a favor de la mayor capacidad. Desde luego que es presunción *iuris tantum*, ya que puede acreditarse lo contrario.

3.2.5. Clases de capacidad: de goce y de ejercicio.

Hemos precisado con antelación que la capacidad puede ser de dos tipos: la de goce y la de ejercicio. Estas “no dependen de la voluntad de la persona, sino que

⁹⁶ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Tomo VII, Trad. Ramón Salas, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, p. 45

⁹⁷ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, op. cit., 2002, p. 233 y ss.

son atributos impuestos por la ley”.⁹⁸ La capacidad de goce es conocida como *de derecho, pasiva, jurídica, de relaciones jurídicas; y la de ejercicio se le conoce también, como capacidad de hecho, activa, de obrar, de actos jurídicos*; la capacidad jurídica, y la capacidad de obrar.⁹⁹ La primera es el atributo esencial de la persona; y a la vez, el presupuesto de la segunda –capacidad de obrar–. Para robustecer ésta aseveración citamos a Santos Cifuentes que subraya: “*Se divide en capacidad de derecho, aptitud de ser titular, y capacidad de hecho, aptitud para ejercer los derechos por sí mismo.*”¹⁰⁰ Esta última permite obrar jurídicamente por propio derecho.

Tomando el antecedente de que *la incapacidad es el aspecto negativo de la capacidad*, tal y como anteriormente lo expusimos, el aspecto positivo, a su vez, comprende dos clases. Jorge Mario Magallón Ibarra considera a la capacidad “*como un aspecto positivo, la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones.*”¹⁰¹ El “disfrute” según éste autor, se refiere al goce o titularidad; y con la expresión “cumplimiento” se alude al ejercicio. Por su lado, De Ruggiero considera a la capacidad en sus dos especies, la jurídica, y la de obrar, la primera se identifica con la titularidad que “*corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos por razón de sexo o de edad o de condena criminal...* [La segunda como la idoneidad del ente para] *realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos... si aquella, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, esta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen pudiendo carecer de ella, algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad, la condena penal.*”¹⁰²

Otra clasificación propuesta por el jurista argentino Leopoldo Peralta Mariscal, en cuanto a *la capacidad para adquirir y la capacidad para disponer*, quien hace un planteamiento innovador al considerar que “*en términos generales, la capacidad para disponer es de hecho mientras que la capacidad para adquirir es de derecho.*”¹⁰³ Sobre ésta idea, estimamos que es una propuesta interesante, novedosa y original; en lo particular, no habíamos meditado en ella bajo éste enfoque. Sobre la propuesta de considerar que la *capacidad para disponer* es de ejercicio; y la *capacidad para adquirir* derechos es la de goce, estimamos que efectivamente tiene sentido; en principio, si puedo adquirir tal o cual derecho, es porque tengo la aptitud para poder tenerlos (capacidad de goce); ahora bien, de los derechos que válidamente tengo –*porque el derecho me ha dado la capacidad suficiente y por ello es que soy titular de tales o cuales derechos*–, para disponer de los mismos, lo podré hacer por mi *propio derecho*

⁹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas*, T. I, *op. cit.*, p. 424

⁹⁹ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 830.

¹⁰⁰ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 175

¹⁰¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰² DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, *op. cit.*, p. 339

¹⁰³ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. 1, Títulos Preliminares y Personas, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 243

(si tengo capacidad de ejercicio), o por medio de mi *representante* (sí sólo tengo la capacidad jurídica de ser titular de los mismos, pero no la capacidad de obrar o de ejercicio). Si la ponemos a prueba con situaciones de explorado derecho en las que no cabe la menor duda por considerarse generalmente aceptadas en la doctrina. Por ejemplo, si consideramos por un lado que las incapacidades que señala el artículo 27 constitucional, se han considerado como *incapacidades de goce*; y por otro lado, el ejemplo de *un menor de edad* propietario de una finca que adquirió vía donación, tiene capacidad de goce en relación al bien del cual es titular del derecho real de propiedad, más sin embargo, no tiene capacidad de ejercicio, porque cualquier acto jurídico que pretenda realizar en relación al aludido bien, requerirá de la intervención de sus representantes legítimos.

En el primer caso, en tratándose de la capacidad para adquirir o capacidad de goce, tiene aplicación, puesto que un extranjero que pretende adquirir un inmueble, debe tener la aptitud para adquirirlo, esto es, capacidad de goce. En principio, como la capacidad es la regla general, diríamos que tendría la capacidad jurídica para poder hacerlo, aunque cumpliendo con determinados requisitos especiales que el orden jurídico positivo le exige para la validez del contrato, como lo es la cláusula calvo. Pero si se tratara de un inmueble ubicado en la faja prohibida, estaríamos ante un caso de excepción, donde el derecho positivo limita no sólo el ejercicio del derecho, sino el acceso al mismo, vale decir, la titularidad del derecho de propiedad en dicha faja, por lo que diríamos que el extranjero, en nuestro país no goza de éste derecho.

En el segundo caso, alusivo a la facultad “de disponer” o “de ejercicio”, tenemos que si el menor vendiera o donara la finca de la cual ya es titular, no estaríamos ante una situación de falta de capacidad de goce, pues, el menor efectivamente es el titular del derecho real de propiedad de la finca en comento, se trataría de un caso de incapacidad de ejercicio, ya que además de la autorización judicial que deberá obtenerse, deberá hacerlo por medio de sus representantes legítimos. En mérito de lo anterior, en suma, creemos que es adecuada la propuesta que hace el jurista argentino.

3.2.5.1. De goce

La capacidad de goce no es un otorgamiento del Estado, más bien es un reconocimiento que parte de la dignidad de la persona misma, a lo que intrínsecamente posee, por ello se considera merecedor de derechos y obligaciones. Oscar Ochoa estima que la primera no es una como concesión o merced del ordenamiento jurídico “*sino una expresión jurídica de la cualidad del hombre, como ser racional y consciente, de ser titular de derechos o de deberes y obligaciones, sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas, por lo cual, siendo la expresión general e inmediata de la*

*personalidad ni admite grados ni especificaciones.*¹⁰⁴ Sobre la capacidad de goce, en el Código de Napoleón se contemplaba respectivamente en los numerales 8 “*Todo francés gozará de los derechos civiles.*” Y por razones de reciprocidad internacional, el artículo 11 prescribía: “*El extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que estén concedidos o se concedan a los franceses por los tratados de la nación a que el tal extranjero pertenezca.*”¹⁰⁵ Tomando el contexto de la época cuando se expresa: **todo francés**, y luego, extendiéndola a los extranjeros (aunque con las limitantes de la reciprocidad aludida) hace una **declaración de tipo universal**, por ello es que se reflexiona que ésta capacidad toda persona la tiene. En éste sentido Sánchez Meda expresa que ésta capacidad “*la tiene toda persona, sin excepción, desde el momento de su concepción hasta el momento de su muerte.*”¹⁰⁶ Entonces, como la capacidad de goce implica **la aptitud de titularidad**, toda persona la tiene.

La capacidad de goce es tenida también como “*capacidad de relación jurídica*”. El jurista colombiano Fernando Hinestrosa ha escrito “*Al tomarse la noción en su aspecto estático se encuentra al sujeto dentro de una relación jurídica y se habla de capacidad de goce o de derecho, agregándose que toda persona es por sí, por la sola circunstancia de ser persona, capaz o sujeto de derecho, con les que se indica que tanto los individuos aisladamente, (personas físicas) desde su nacimiento hasta la muerte, como las agrupaciones de individuos o personas plurales (jurídicas o morales) desde su constitución y hasta su extinción, son personas y gozan de aptitud jurídica o capacidad de derecho.*”¹⁰⁷ El autor en comento considera que la capacidad de goce conforma el aspecto estático de la capacidad, y por ende, como es la idoneidad del ente para tener derechos, luego, toda persona ya sea física o moral por fuerza la tendrá. La persona aparece como el sujeto posible de una relación jurídica porque es el titular del derecho, por ello es que a la capacidad de goce, también se le ha denominado con la expresión “*capacidad de relación jurídica*”, lo cual no implica que sea él mismo sujeto quien actúe –que bien *podrá o no hacerlo*– pero esto último rebasaría el aspecto de la capacidad de goce por consistir ya el aspecto dinámico, cuyo análisis no corresponde en éste apartado. En una relación jurídica, la parte es el representado y no el representante. En esta misma orientación, Guillermo Borda considera que todo sujeto de derecho es capaz de derecho habida cuenta que ésta aptitud está ligada directamente con la personalidad.¹⁰⁸ Por ello, sin ésta capacidad no es posible la personalidad, ni la persona.

En este orden de ideas, la “capacidad de goce” o capacidad jurídica, como la denominad Ruggiero, es “*la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en*

¹⁰⁴ OCHOA G., Oscar E., *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 222.

¹⁰⁵ CÓDIGO NAPOLEÓN, Con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Imprenta de la Hija de Ibarra, Madrid MDCCCIX (1809), Edición fascimular del original perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. p. 3

¹⁰⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato*, Porrúa, México, 2004, p. 45

¹⁰⁷ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones*, op. cit., p. 294

¹⁰⁸ Cfr. BORDA, Guillermo A., op. cit., p. 230

general, a todo hombre, aunque puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos”,¹⁰⁹ y en tratándose de las personas morales ésta capacidad se determina por su objeto social, lo que conforme a sus estatutos le permiten.¹¹⁰ En efecto, las personas morales al ser seres no volentes, sólo tienen capacidad de goce, por ello es que actúan a través de sus órganos representativos y su capacidad está vinculada estrechamente al objeto social establecido en su escritura constitutiva.

3.2.5.2. De ejercicio

La capacidad de ejercicio, de obrar o de hecho, en cambio, no se identifica con la mera posibilidad de adquirir derechos y de obligarse, *sino con la posibilidad de hacerlo por sí mismo, sin la intervención de un representante legal*, reflexiona Carlos Santiago Nino.¹¹¹ De Ruggiero enfatiza: “*distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen... por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal...*”¹¹² Vodanovic considera que ésta capacidad como la idoneidad del ente “*para ejercitar por sí solo, con su propia voluntad, los derechos subjetivos y contraer obligaciones.*”¹¹³ Rojina Villegas subraya que ésta capacidad es la potencialidad jurídica para obrar en lo jurídico directamente, esto es, hacer valer o cumplir *per se*, personalmente, por propio derecho (ya en lo procesal o extraprocesalmente) sin que sea necesario recurrir a la representación.¹¹⁴

La capacidad de ejercicio, se basa en la aptitud psíquica del sujeto para darse cuenta de sus actos, supone la madurez que el derecho considera suficiente para que pueda tener responsabilidades actuando directamente, es lo que Ángel Sánchez de la Torre denomina *la comprensión dinámica de la capacidad*.¹¹⁵ En efecto, Antonio

¹⁰⁹ RUGGIERO, Roberto de., *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p.339.

¹¹⁰ “La capacidad exigida en las partes para que puedan dar vida a un contrato, no es más que un aspecto particular de la capacidad de obrar en general. Habrá que acudir aquí a los principios que rigen estas y a las normas expuestas sobre las causas que en las personas físicas pueden modificarla como son la menor edad, la interdicción para quien está sujeto a condena criminal, la interdicción e inhabilitación para el enfermo mental; en cuanto a las personas jurídicas habrá que tener en cuenta el principio según el cual solamente están autorizadas a realizar aquellos actos que estatutariamente pueden celebrar y el otro por el que, se exige para aceptar las donaciones la autorización del Gobierno.” RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil. Vol. II, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario*, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1931, p. 276

¹¹¹ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 218

¹¹² RUGGIERO, Roberto de., *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p. 339.

¹¹³ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p. 222

¹¹⁴ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, T. I, *op. cit.*, p.445

¹¹⁵ “Esta doble consideración también suele definirse como comprensión estática o dinámica del término capacidad en el derecho.” SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *La capacidad jurídica: fundamentos de conocimiento jurídico*, Ángel Sánchez de la Torre (Editor) Dykinson, Madrid, 2005, p. 73

Gordillo Cañas, considera que esta es la “la capacidad de autogobierno responsable”, que permite a la persona determinarse por ella misma; “*de realizar actos conscientes, libres y responsablemente... lo anterior presupone una cierta madurez racional, de responsabilidad y autogobierno.*”¹¹⁶

Sobre ésta capacidad, Fernando Hinestrosa considera que en su dinámica, la capacidad adquiere la dimensión de habilidad natural para actuar, para realizar las operaciones tendientes al desarrollo de la personalidad y de sus atributos, para crear, mantener o modificar las relaciones autorizadas por el derecho que conciernen al individuo, y entonces se trata de capacidad de ejercicio o para obrar.¹¹⁷

Nosotros entendemos a la primera como la aptitud de titularidad del ente, entendiendo a la “aptitud”, también como la concreción de lo que jurídicamente tiene el ente, lo que se le permite jurídicamente; de ahí el que se le tenga apto para tal o cual conducta; entonces, la capacidad es una cualidad o *atributo* de la persona, y en virtud de ella el sujeto tiene determinados derechos y obligaciones; y entonces tenemos que, *cuando la norma jurídica considera apta a la persona para tener tal o cual derecho, decimos que tiene capacidad jurídica; en caso contrario, la persona es incapaz para ello.*

Francesco Messineo considera que la capacidad de ejercicio corresponde a un estado psíquico de idoneidad para entender y para querer (arg. A contrario, arts. 428, 1389, 1425, 2046) o, como dice también la ley (art. 120, párrafo), a la “plenitud de las facultades mentales”.¹¹⁸

En efecto, la capacidad de discernir es la premisa en que descansa la capacidad de obrar, no podemos desligar a la capacidad de obrar, de la capacidad jurídica, Carlos Alberto Gershi así las concibe, va de suyo la ligazón que tienen ambos temas –*capacidad de derecho y de hecho*–, de tal forma que el “estado de capacidad de hecho” sólo se adquiere cuando el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de “discernimiento”.¹¹⁹ La justificación de posibilidad de actuar *per se*, es la madurez intelectual; que el sujeto sea entendido; que sea apto para discernir, para darse cuenta de la magnitud sus actos. Según estudios de carácter psicológico se ha estimado que de los 12 a los 16 años permite al ser humano tener consciencia del sentido de justicia y de las normas de la sociedad;¹²⁰ sin embargo, éste tema depende

¹¹⁶ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 19.

¹¹⁷ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones*, op. cit., p. 294

¹¹⁸ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 110

¹¹⁹ GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 64

¹²⁰ “Si observamos con detenimiento la evolución de la personalidad que se presenta en los trabajos psicológicos que hemos recogido, podríamos afirmar que el sentido más básico del derecho puede ser entendido entre los 12-16 años, edad en que el adolescente puede llegar a comprender el sentido de la justicia y de las normas sociales. Por eso la capacidad jurídica, como capacidad de obrar suele establecerse en relación con ésta edad.” MATEOS

de la voluntad legislativa; en algunos momentos se estableció la edad de 25 años, 21 años; actualmente el legislador mexicano ha considerado la edad de 18 años como la regla general para adquirir esa capacidad, y sólo para algunos actos, por excepción considera menos de esa edad. Sobre éste tema, Mariano Aramburo y Machado¹²¹ estima que las legislaciones modernas adoptan este sistema de fijar una regla general en cuanto a la edad y reglas especiales para casos y situaciones especiales, sistema que es adoptado en el derecho mexicano.

3.2.6. Capacidad de goce como presupuesto de la de ejercicio

Jurídicamente no es concebible un sujeto que tenga capacidad de obrar, careciendo de la capacidad de derecho; la de ejercicio tiene como presupuesto básico a la de goce; quien primero no goza de un derecho, jurídicamente no puede hacerlo valer o exigirlo, ni por sí, ni por interpósita persona; sin embargo, quien goza de un derecho, podrá hacerlo valer por medio de su representante, y por sí mismo, únicamente en el caso de que además, tenga la capacidad de obrar o de ejercicio. Así lo considera Eduardo García Villegas cuando señala *“la capacidad de ejercicio implica la facultad de poder celebrar actos jurídicos por sí mismo y dicha capacidad supone necesariamente la de goce, pues para ejercitar un derecho se deberá tenerlo previamente.”*¹²²

La de ejercicio, en cambio, presupone además de la capacidad de titularidad, que el sujeto desde el punto de vista biopsicológico, pueda darse cuenta y medir la magnitud de sus actos, calidad *–sine qua non–* podría haber un consentimiento válido; si no se cuenta con ella, no se puede acceder a la capacidad de obrar. En esta dirección Pothier nos indica que *“es necesario ser capaz de consentir, y por consiguiente tener el uso de la razón, para ser capaz de contratar... ni los niños, ni los insensatos, ni los locos, mientras les dure su locura, no pueden contratar por sí mismos; mas esas personas pueden contratar por el ministerio de sus tutores o curadores... la embriaguez, cuando llega hasta el extremo de hacer perder el uso de la razón, reduce la persona que se encuentra en aquella situación, mientras dura, en un estado incapaz de contratar, puesto que la reduce en un estado de incapacidad para consentir.”*¹²³ En suma, en el derecho, no es factible que una persona

GARCÍA, Ángela. “Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica”, *La capacidad Jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2005, p. 88

¹²¹ “Tanto las legislaciones antiguas como las modernas, excepción hecha del primitivo Derecho Romano, adoptan un mismo sistema para resolver el problema jurídico de la edad: se valen de reglas de carácter general, si bien en algunos casos, pero sólo como excepción, el legislador atiende a las circunstancias particulares de los individuos. Infírese de aquí que en esta materia pueden seguirse dos procedimientos: 1º Fijar la edad en que el individuo puede hacer uso de su capacidad jurídica, sentando al efecto una regla general; 2º Señalar en cada caso y en vista de las cualidades particulares que concurren en el individuo, el momento en que aparece con aptitud para el ejercicio de los derechos que integran su capacidad civil.” ARAMBURO Y MACHADO, Mariano, *La capacidad Civil*, Reus, Madrid, 1933, p. 105.

¹²² GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 25

¹²³ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Trad. Pablo Esméin, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, p. 37

tenga capacidad de ejercicio, faltándole la de goce, ya que la primera tiene como presupuesto a la de goce.

3.2.7. Los grados de la capacidad

Habida cuenta de que la capacidad jurídica no es igual para todas las personas, sino que es *múltiple, diversificada y concreta*, como lo considera Ignacio Galindo Garfias, así es que tenemos diversos grados de la misma, de tal suerte que, dependerá de la circunstancia específica en que se encuentre un sujeto, podrá tener más o menos capacidad que otro.

Basados en la doctrina expuesta por Rafael Rojina Villegas según la cual se desprende que los grados de la capacidad de goce respecto a las personas físicas son:¹²⁴

1. El Grado mínimo (le pertenece al ser concebido aún no nacido, bajo la condición impuesta, que nazca vivo y sea viable); por tanto el embrión humano tiene derechos subjetivos patrimoniales (para ser heredero, para ser legatario, para ser donatario, y para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural).
2. El Grado medio, es para los menores de edad, tienen una capacidad de goce aumentada (con ciertas restricciones), casi igual la de los mayores lúcidos.
3. El Grado máximo. Corresponde a los *mayores de edad* distinguiendo: 1.- mayores lúcidos; y, 2.- mayores sujetos a interdicción. Patrimonialmente no se afecta su capacidad de goce, pues pueden actuar por medio de sus representantes; sin embargo en sus relaciones familiares, si se afecta su capacidad de goce, pues no pueden desempeñar la patria potestad, tutela o función educativa.

La capacidad de ejercicio parafraseando a Rojina Villegas, implica la potencialidad jurídica para actuar directamente, haciendo valer las facultades y cumplir los deberes por sí mismo (ya en juicio o fuera de él); esto es, actuar por propio derecho, sin que sea menester recurrir a la representación.¹²⁵ Por tanto, los incapaces de ejercicio, aunque titulares de derechos, no pueden hacerlos valer por su propio derecho (directamente), pues para hacer valer sus facultades y cumplir sus deberes con plena eficacia jurídica, forzosamente deben recurrir a la representación.

3.2.8. Inicio y fin de la capacidad.

La postura dominante en el derecho positivo tanto iberoamericano como el latinoamericano, considera que la personalidad y por ende, la capacidad jurídica de

¹²⁴ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*, PORRÚA, México, 1987, p.163.

¹²⁵ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, op. cit.*, p. 164.

las personas –ya que como lo hemos señalado, no son lo mismo–, se obtiene con el nacimiento y se extermina con la muerte.¹²⁶

Sobre el particular señala Rojina Villegas “el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y, por lo tanto de la personalidad, la muerte y la presunción de muerte constituye el fin.”¹²⁷ Partiendo de la base que la vida es un derecho fundamental del ser humano, el artículo 22 del Código Civil Federal señala: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.” En esta dirección la capacidad jurídica –precisa Agustín Verdugo– queda subordinada a la existencia extrauterina, pero también por los seres que están en el seno materno, supuesto que eran más dignos que los nacidos, de solicitud y cuidado; y en el término fatal de la naturaleza, habrían de ser, como los otros seres, coparticipantes también de la vida civil.¹²⁸ De ello deriva la protección legal que se le reconoce al ser concebido aún no nacido “nasciturus”, condicionándolo a su viabilidad (existencia fuera del útero materno).

3.2.8.1. El nasciturus

Se entiende por nasciturus, el ser que ha sido concebido pero que aún no nace. Sobre esta figura, el artículo 22 del Código Civil Federal señala en relación a la capacidad de la persona: “... desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.” ¿Cuáles son esos efectos que la ley reconoce? Son básicamente tres, para ser heredero, para ser legatario, o para ser donatario. Hoy en día se dice que el ser humano concebido y no nacido no puede sino ser persona. Para ejemplos tenemos, por un lado al artículo 1º de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato que en su segundo párrafo señala: “Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos.”¹²⁹ Y por el otro lado, la opinión de José Luis Soberanes quien manifiesta que: “Desconocer el carácter de persona a un ser humano concebido y no nacido es una gravísima equivocación, y

¹²⁶ “La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que *se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte* en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.” GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “Capacidad”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II*, C-Ch, UNAM, México, 1984, p. 38

¹²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas*, T. I, *op. cit.*, p. 439.

¹²⁸ VERDUGO, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano*, Librería de J. Valdés y Cueva, México, 1885, p. 67 y 68,

¹²⁹ (Párrafo reformado. Periódico Oficial. 26 de mayo de 2009)

una enorme injusticia que vendría a desordenar todo nuestro sistema jurídico, formado durante más de 25 siglos en occidente.”¹³⁰

Sin embargo, atendiendo a la tradición jurídica de la familia romano-germánica, al *nasciturus*, -“el que va a nacer-“, “el Derecho Romano dispensó protección al concebido que aún no nacía. No es que reconociera al feto intrauterino como sujeto de derecho, sino que lo que se protegía eran los intereses de la futura persona, muchos de los cuales resultarían ilusorios si no se tomaran medidas anticipadas. Por eso reservaban al concebido, derechos, especialmente de carácter sucesorio, reserva cuyos efectos quedaban supeditados al nacimiento posterior del *nasciturus*. De ahí que se pudiera decir, en ciertos aspectos que se estimaron favorables para la persona eventual anunciada por la concepción, *que los concebidos se asimilaban a los ya nacidos*, idea expresada en la frase: *nascituros pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur* -el que va a nacer se tiene por ya nacido cuantas veces se trate de sus intereses”,¹³¹ como se advierte, se le atribuye una capacidad de goce muy limitada; y además *supeditada* a la condición de que se sea viable.

Al *nasciturus* ficticiamente se le tiene por nacido básicamente para los efectos de herencias, legados y donaciones, cuando es separado completamente del vientre de la madre y se presenta con vida al Registro Civil o tiene vida por veinticuatro horas. En este tenor, desde el Derecho romano, “al concebido se le tenía por nacido, aunque durante el periodo de la gestación la existencia del *nasciturus* depende de la vida de la madre, es parte integrante de las vísceras maternas (*pars visceram matris*). Forma parte de la persona de la madre; no es todavía una persona”.¹³²

De igual manera, conforme al razonamiento de Ruggiero, basado en la legislación italiana, señala que “antes del nacimiento el producto del cuerpo humano no es aún persona, sino parte de las vísceras maternas”.¹³³ Sin embargo, tendiente a la protección del ser humano, ya que la gestación es un anuncio del alumbramiento,¹³⁴ – se pudiera decir “una persona en potencia”–, de ahí que el Derecho objetivo, –señala Galindo Garfias– “establece medidas cautelares de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por sí mismo, ya separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos.”

¹³⁰ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1985, p. 62

¹³¹ VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado*, PORRÚA, México, 1985, p. 59.

¹³² GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, PORRÚA, México, 1987, p. 311.

¹³³ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 340.

¹³⁴ En el mismo sentido Ruggiero señala: “sin embargo, por la esperanza de que nazca, es tomado en consideración por el Derecho, el cual le concede una particular protección y le reserva sus derechos, haciendo retrotraer su existencia, si nace, al momento de la concepción. La equiparación del concebido al nacido (*conceptus pro iam nato habetur*) es hecha por el derecho en interés suyo, de modo que no aprovecha a otro...” *Idem*.

¹³⁵ Mientras no se produzca el nacimiento con requisitos específicos, el nasciturus no adquiere personalidad jurídica. Empero, el derecho “conserva en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca. Porque sólo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada impide que antes de nacer, siempre que esté concebido pueda ser designado válidamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad después de nacido. Por ello, el Derecho establece la protección a que se refiere el artículo 22 del Código Civil aludido, protección que se manifiesta en la conservación de esos derechos, para que si llega a realizarse la *condición suspensiva* establecida por la ley (el nacimiento); pueda adquirirlos definitivamente”.¹³⁶ En este mismo sentido el maestro Chileno Carlos Ducci Claro en alusión a la legislación de su país estima que el ordenamiento jurídico positivo no ha desconocido al concebido; de inicio, protege su vida y mientras permanece en el vientre, sus derechos que son deferidos quedan suspensos hasta que nazca y viva.¹³⁷

Sobre este preciso punto, hay dos posturas opuestas: La primer, se representa por quienes niegan la personalidad al ser concebido aún no nacido, y sostienen que la *personalidad queda sujeta a una condición suspensiva (la viabilidad)*, por lo tanto, si el ser concebido no llega a ser viable, no es persona, no adquiere y tampoco puede transmitir derechos. La segunda postura está representada por quienes le reconocen personalidad, *bajo la condición resolutoria de que no nazca viable* (que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil) pues entonces la personalidad se destruiría con efecto retroactivo.

La primer postura coincidiendo con la mayoría de la doctrina: Ignacio Galindo Garfias, Roberto de Ruggiero, Carlos Ducci, Nicolás Coviello, José Maldonado y Fernández del Torco, *todos ellos previamente citados*, consideran que la personalidad del ser humano empieza con el nacimiento, y para ello se requiere que el feto haya salido por entero del seno materno, sólo así tendrá una protección jurídica autónoma, por lo tanto el embrión no tiene todavía personalidad jurídica, pues considera que la personalidad del concebido pero no nacido, queda sujeta a la *condición suspensiva* de viabilidad, que de darse, se retrotrae al momento de la concepción. Al establecer el beneficio de que al concebido se le tenga por nacido para ciertos efectos, no significa que deba considerársele ya como persona; pues sólo se concede el beneficio si se es viable.

Respecto a la segunda postura, todo lo contrario a la anterior, el embrión humano, afirma Rojina Villegas,¹³⁸ tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho: capacidad para heredar, recibir legados, recibir

¹³⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*, op. cit., p.311.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ Cfr. DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil Parte General*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, Santiago, 2005, p. 112.

¹³⁸ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*, op.cit., p. 160

donaciones. Y niega que la viabilidad sea una condición suspensiva, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. En base a lo anterior, Rafael Rojina Villegas, reconoce que *“la capacidad de goce se atribuye al ser humano ya concebido, pero si no nace vivo y viable se destruye su personalidad retroactivamente.”*¹³⁹ En éste mismo rumbo se expresa José Luis Soberanes Fernández cuando señala que por razones de humanidad, a lo largo de la historia y hasta la época actual, el derecho civil ha protegido y otorgado la capacidad jurídica a los no nacidos, desde el momento mismo de la concepción, otorgamiento sujeto a la condición suspensiva (sic), cuyo acontecimiento a futuro será que nazca vivo y viable.¹⁴⁰ Respecto a ésta última idea, se estima que, si por un lado la capacidad fuera adquirida por el concebido; entonces, al detentarla por la simple concepción, técnicamente no sería correcto el decir que ese otorgamiento queda sujeto a la condición suspensiva de la viabilidad; sino que más bien *–puesto que ya se tiene la capacidad–*, debería quedar sujeto a la condición resolutoria, ya que de no cumplirse el acontecimiento incierto de viabilidad, operaría la resolución y por ende esa capacidad quedaría extinguida.

Vistas estas dos posturas, pareciera que es indistinto pronunciarnos por una o por otra; es decir, verlo como una condición suspensiva como lo sostiene Galindo Garfias y otros; o una condición resolutoria, conforme a Rojina Villegas, y estaríamos arribando a los mismos resultados *si el nasciturus no fuera viable, ¿Cuáles serían éstos efectos?* el que a fin de cuentas no se adquiriera *la herencia, el legado o la donación*; sin embargo, partiendo de un razonamiento lógico jurídico, se estima que es más apegada a éste criterio, la teoría de Rojina Villegas por lo siguiente:

Por un lado, si le negáramos la capacidad jurídica al nasciturus, equivaldría a decir que no cabe en él derecho alguno por mínimo que sea, ni aún para los casos que especialmente señala la ley, por consiguiente, no podría ser ni siquiera considerado para efectos de herencias, legados o donaciones.

Por otro lado, partiendo de la regla general conocida en el sentido de que, la persona de existencia real o natural, es el ente humano *desde que nace hasta que muere*, y si consideramos también que *la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento*; también es cierto que la excepción a esa regla general, se confirma en el mismo artículo 22 de la legislación civil federal, cuando se establece que *desde el momento de la concepción* entra bajo la protección de la ley y *“se le tiene por nacido”* para los

¹³⁹ Contrario a la doctrina tradicional de la familia jurídica romano germánica sobre el nasciturus, en el Estado de Guanajuato, el ser concebido es persona toda vez que la Constitución Política Guanajuatense así lo reconoce pues, mediante reforma publicada el día 26 de mayo de 2009 en el Periódico Oficial para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato, por la que se reformó el segundo párrafo del artículo 1º de la aludida Ley en los siguientes términos: *“Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos”*. Ibidem.

¹⁴⁰ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IJJ-UNAM, México, 1985, p. 62

efectos declarados. Advertimos, pues, que por atribución de la misma ley, *lo considera nacido sólo para ciertos efectos*, luego entonces, cuando estemos ante éstos, se le reputará con personalidad, con capacidad jurídica, aunque sólo para ello. Ahora bien, si se le tiene por nacido, necesariamente tiene capacidad, y para que la tenga, debe tenersele como persona.

3.2.8.2. La viabilidad

Desde el derecho romano al no nacido se le consideraba persona incierta y se le reconoció capacidad jurídica pero estando sujeto a la condición de viabilidad; esto es, *que naciera vivo y con forma humana*.¹⁴¹ En el derecho romano al igual que en nuestro derecho mexicano, también se contemplaba *la entera separación del seno materno y además debía nacer vivo*. “La prueba de la vida debía ser producida, según la doctrina (aparentemente rigurosa) de los proculeyanos, demostrando que el recién nacido dio un vagido (llanto); en cambio, los sabinianos, cuya doctrina prevaleció y fue acogida en el Derecho justiniano, consideraron que era suficiente cualquier signo, en particular el movimiento o la respiración”.¹⁴²

En cuanto a la viabilidad, José Luis Soberanes establece a grandes rasgos la evolución que en el derecho español se ha tenido, sobre todo como antecedente directo del mexicano. “*El Fuero Juzgo* agregó dos requisitos más, que *viviera diez días y que fuera bautizado*... el *Fuero Real* consideró para la viabilidad que además de nacer vivo, fuera bautizado, pero *sin determinar plazo para que el niño permaneciera vivo* como en el *Fuero Juzgo*. Las *Leyes del Toro de 1505*, señalaron para la viabilidad entre otros requisitos, que después de nacido *hayan vivido 24 horas*. A partir de ese momento fueron tres requisitos para la viabilidad: *nacimiento vivo del todo, que viviera al menos 24 horas y recibiera el Sacramento del Bautismo*. Este criterio perduró hasta la reforma liberal que eliminó la exigencia del bautismo pero el criterio de las 24 horas fue recogido por el *artículo 303 del Código de 1884* que estatuyó “sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con *figura humana* y que, o *vive veinticuatro horas naturales, o es presentado vivo al registro civil*.”¹⁴³

De allí que el otro requisito que debe satisfacerse conforme a nuestro derecho civil vigente, es el de la viabilidad, pues no basta con estar concebido, tiene además que ser desprendido por entero del seno materno y vivir 24 horas o ser presentado con vida ante el Registro Civil, por lo que, si no se actualiza éste supuesto, la personalidad, la capacidad y por ende, los derechos hereditarios, de legatario o de

¹⁴¹ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, III-UNAM, México, 1985, p. 60

¹⁴² Cfr. VENTURA SILVA, Sabino, *op. cit.*, p. 58

¹⁴³ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, III-UNAM, México, 1985, p. 60 y 61

donatario que se hayan considerado a su favor se destruyen retroactivamente. *El artículo 337 del Código Civil Federal en lo conducente establece* “ [...] *Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.*”

La viabilidad no es otra cosa que es la disposición y posibilidad del ser para tener vida con autonomía de la madre; mientras está en el vientre de la madre, naturalmente que depende de ella, la viabilidad implica dos momentos, el primero, implica una separación definitiva del seno materno, y el segundo, que a pesar de esa separación, el ser debe seguir teniendo vida.

Por último, respecto a la capacidad de ejercicio, como ésta presupone un grado de madurez intelectual suficiente que permita a la persona ser consciente y darse cuenta de sus actos para así poder contratar por sí (de manera directa), sin requerir el auxilio a través de la autorización o representación de otra persona; por ello es que también queda sujeta a esa condición para poder adquirirse o para en su caso, para perderse. La capacidad de obrar implica la aptitud que deben tener los sujetos para exigir por sí sus derechos y de igual manera cumplir sus deberes. En éste rumbo, Antonio González advierte que ésta capacidad se alcanza con la mayoría de edad o emancipación; se acaba también cuando las facultades mentales no permiten que el sujeto pueda darse cuenta de la magnitud de sus actos (*locura, idiotismo, imbecilidad, ebriedad consuetudinaria y drogadicción*); y carecen de ella también los sordomudos que además no sepan leer ni escribir. (Art. 450 CC).¹⁴⁴ Los menores de 18 años son incapaces de ejercicio, salvo para los supuestos en que el ordenamiento jurídico les permite de manera especial el que pueda realizar ciertos actos jurídicos; por ejemplo, a los 16 años la ley les permite hacer testamento, *salvo el ológrafo*; los emancipados tienen una capacidad de ejercicio casi plena, *salvo las excepciones que la ley les señala*, pues requieren autorización judicial para enajenar o gravar cosas inmuebles, y de un tutor si van a comparecer a juicio. En suma, la capacidad de ejercicio *se alcanza* con la emancipación (*con las salvedades señaladas*) o con la mayoría de edad; y *se pierde*, en los supuestos por los que conforme a la ley pueda ser decretado el Estado de interdicción.

3.3. La incapacidad jurídica

El aspecto negativo de la capacidad, como lo refiere Jorge Mario Magallón Ibarra, es la *incapacidad*; esta incapacidad veíamos que, necesariamente ha de provenir de la ley por ser la singularidad, cuya regla general es la capacidad. Las incapacidades deben estar *señaladas de manera expresa* en las normas jurídicas

¹⁴⁴ GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “Capacidad”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II*, C-Ch, UNAM, México, 1984, p. 38

generales y se debe entender que *son de aplicación estricta*.¹⁴⁵ En ésta dirección Roberto de Ruggiero subraya que si la incapacidad es la excepción “ello no significa que sean poco frecuentes los casos de incapacidad (porque son, muchas las personas que figuran en la categoría de los incapaces), y si solamente que la incapacidad como derogación deba ser declarada por la ley.”¹⁴⁶ Robusteciendo lo anterior José Antonio Márquez también afirma que las incapacidades deben ser expresas ya sea en la constitución o en la ley.¹⁴⁷ Joseph Pothier advierte que “*hay personas que siendo naturalmente capaces para contratar, se han hecho incapaces por la ley civil.*”¹⁴⁸ En mérito de lo anterior, se reconoce que sólo las normas jurídicas generales pueden establecer las incapacidades, es el ordenamiento positivo de cada Estado, en función de sus propios intereses, quien determina las situaciones mediante las cuales se actualiza la incapacidad de las personas. Por lo tanto, “*ninguna restricción debe imponerse, ningún poder conferirse, ninguna ley coercitiva sancionarse, sin una razón suficiente y específica [...] El que propone una ley coercitiva debe estar pronto á probar, no solamente que hay una razón específica en favor de esta ley, sino también que esta razón es más fuerte que la razón general contra toda ley.*”¹⁴⁹ Las incapacidades no deben derivar de una imposición arbitraria o injustificada del Estado, sino que deben descansar en los fines del Estado apoyados en el interés público por lo general, y en ocasiones en el interés particular, si se trata de incapacidades de ejercicio.

Sobre ésta noción general de incapacidad Alessandri considera que en general, al ser la capacidad la regla general, *toda restricción o prohibición deberíamos tenerla simplemente como incapacidad sin más distingos*, señala: “Según nuestra opinión, la incapacidad no es de goce, ni de ejercicio, ni absoluta ni relativa, sino que se trata de una incapacidad que, sin tener carácter originario, proviene de la circunstancia de

¹⁴⁵ Para que se considere a una persona incapaz, debe haber un texto expreso en la ley y que éste sea de aplicación estricta. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al derecho mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1981, p. 123

¹⁴⁶ Como para la capacidad general de obrar así también para la de contratar, rige el principio general de que la capacidad constituye la regla y la incapacidad la excepción. Ello no significa que sean poco frecuentes los casos de incapacidad (porque son, muchas las personas que figuran en la categoría de los incapaces), y si solamente que la incapacidad como derogación deba ser declarada por la ley. RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1931, p. 276

¹⁴⁷ “En relación a lo dispuesto por el artículo 1789 del C.C. D.F. que predica: Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley. Éste artículo expresa la regla general de capacidad jurídica para aquellas personas no exceptuadas expresamente por la ley. La incapacidad debe ser expresa y se encuentra establecida en los artículos 23 y 450 del CC que se refieren respectivamente a los menores de edad no emancipados y a los mayores de edad privados de pleno discernimiento por causas patológicas, fisiológicas o hábitos viciosos. Las personas morales, reconocidas por la ley cuya capacidad para contratar y obligarse está restringida a disposiciones constitucionales y legales, se encuentra además limitada a la celebración de sólo aquellos negocios jurídicos que requiera un objeto o finalidad social.” MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 1993, p.6

¹⁴⁸ POTHIER, Roberth Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Trad. Pablo Esméin, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, p. 38

¹⁴⁹ BENTHAM, Jeremías, *op. cit.*, p. 21

estarle prohibida la ejecución de un cierto acto a una cierta persona...Es natural que así sea; si la ley me prohíbe celebrar un contrato en ciertas condiciones, es evidente que soy incapaz para ello, y así lo reconoce la ley.”¹⁵⁰

En el caso de las personas morales, al ser creaciones del derecho, desde su constitución se establece el objeto social; la finalidad para la que se constituye la sociedad; por tanto, no debemos perder de vista que existen y se justifican por y para la realización del fin común que se ha plasmado en el acto constitutivo de las mismas. El jurista italiano Tulio Ascarelli sobre el objeto o fin social de las sociedades señala: *“Puede asumir particular importancia el objeto o fin social. En efecto éste puede entenderse directamente como un límite de la capacidad de la sociedad, o como un límite puesto a la competencia de la asamblea ordinaria,..”*¹⁵¹ En tal virtud, podremos determinar que el objeto social nos da la dimensión material o parámetro de acción de la persona moral, y por tanto, de la capacidad jurídica de las personas morales, por lo que podemos considerar, que su capacidad jurídica está determinada por ese objeto social, derivándose entonces su incapacidad para todo aquello que no se pueda sustentar en su objeto social. Esta misma premisa se aplica para el Estado como persona moral, bajo el concepto de competencia; la garantía de constitucionalidad y legalidad, precisamente en ello consiste; en efecto, la capacidad jurídica del Estado se determina en función del ordenamiento positivo a partir de la norma fundamental le señala, ya que sólo puede hacer aquello que la ley le permite, faculta u ordena. En suma, para las personas morales, además de las incapacidades legales o que el interés público señale, el otro límite de su capacidad será el objeto social de la misma, dicho de otra forma; el objeto social determinará su capacidad jurídica.

Partiendo de nociones universales sobre la incapacidad hacia sus especies, Barros Errazuriz nos precisa que *“la falta de capacidad, puede, pues, consistir: o bien en una inhabilidad para adquirir derechos, o bien en una inhabilidad de la persona para ejercerlos por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra. La primera se llama incapacidad de goce, y la segunda, incapacidad de ejercicio.”*¹⁵² Admitiendo por tanto que puede haber incapacidad tanto de goce como de ejercicio, que más adelante desarrollaremos.

¿Puede carecerse en lo absoluto de capacidad jurídica?, es decir, ¿puede haber incapacidad jurídica absoluta?

Estimamos que no es posible, al menos en tratándose de la capacidad jurídica o de goce; Peralta Mariscal subraya que en el contexto del mundo actual, *“no existen en nuestro Derecho personas que carezcan absolutamente de capacidad, como los esclavos o los*

¹⁵⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 453

¹⁵¹ ASCARELLI, Tulio, *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*, Trad. René Cacheaux Sanabria, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 50 y ss.

¹⁵² BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, op. cit., p. 127

"muertos civiles" del Derecho Romano. Todos los seres humanos son titulares de derechos."¹⁵³ Resultaría contrario al concepto de persona *si hubiera incapacidad jurídica totales*, simplemente no habría personalidad, ni persona jurídica; entonces, no puede faltar en lo absoluto de la capacidad jurídica; no existen por tanto, las incapacidades jurídicas absolutas.

No obstante lo anterior, no se podrá afirmar lo mismo de la incapacidad de obrar, pues respecto de ésta, de acuerdo a la doctrina jurídica, si cabe la posibilidad de que exista la *incapacidad de ejercicio absoluta*, tal sería el caso, por ejemplo, de un recién nacido o de los enfermos mentales incurables. Sobre éste último aspecto, Leopoldo Peralta precisa que: "No obstante, puede haber quienes carezcan absolutamente de capacidad "de hecho" (de ejercicio), punto sobre el que volveremos al distinguir los distintos tipos de capacidad."¹⁵⁴ Puede por tanto haber *incapacidades absolutas o totales* de ejercicio, pero no en relación a la incapacidad de goce.

3.3.1. El fundamento racional de las incapacidades.

¿Cuál es el fundamento racional de las incapacidades? ¿Qué finalidad se persigue en cada incapacidad? Las incapacidades al ser elementos negativos de la regla general "capacidad" son establecidas por cada Estado considerando ciertos criterios de orden público; el fin último de las mismas es la protección del orden público, y al propio incapaz.

Sobre el particular, Eduardo García Villegas considera que "las incapacidades son establecidas con el propósito de proteger al propio incapaz o a la sociedad de las consecuencias de sus actos."¹⁵⁵ A su vez, Chávez Ascencio precisa que "las limitaciones legales a la capacidad responden a criterios de orden público, de protección a ciertas personas, o bien, a sanciones que se imponen."¹⁵⁶ Las anteriores apreciaciones, no dejan de ser muy generales, pues no distinguen el tipo de interés que con cada incapacidad que se protege.

Hemos dicho que hay dos tipos de incapacidad y el fin de cada una de ellas es distinto, si fuera el mismo, carecería de utilidad el distinguir entre una y otra incapacidad; por lo tanto, si el fin es distinto, las consecuencias también deben serlo. Sin abundar demasiado, aunque sí es categórico en hacer un deslinde entre una y otra incapacidad, Santos Cifuentes estima que *el interés de la incapacidad de hecho o de ejercicio es proteger al incapaz* por ello su nulidad debe ser relativa; en cambio *la de goce* por lo general puede engendrar la nulidad absoluta ya que *tutela el interés*

¹⁵³ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Comentarios de los artículos 103 a 125", en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. I, *Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 236

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 27

¹⁵⁶ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Capacidad", *op. cit.*, p. 41

*colectivo o público.*¹⁵⁷ Para Manuel Bejarano Sánchez, la *incapacidad de goce tutela intereses colectivos; y la de ejercicio protege intereses privados o particulares.*¹⁵⁸ El jurista argentino Julio César Rivera estima que *la incapacidad de derecho – refiriéndose con ella a la de goce–, por lo general tutela interés general*, por ello dará lugar a una nulidad absoluta y señala “cuando la incapacidad es de derecho (vale decir, cuando el agente se encuentra alcanzado por una prohibición legal específica), es la parte capaz, perjudicada con el obrar de quien tiene prohibido hacerlo, quien tiene la facultad de solicitar la nulidad. Obsérvese que *el fundamento de la incapacidad de derecho radica, en principio, en la protección de un interés general, de la moral o de la ley.* De allí que, también en principio, la incapacidad de derecho dará lugar a una nulidad absoluta, *salvo que lo que esté en juego sea un interés particular.*”¹⁵⁹ El también argentino Leopoldo Peralta Mariscal, es uno de los juristas que abordan la cuestión que estamos tratando en los siguientes términos: “*La incapacidad de hecho (de ejercicio) está establecida "a favor" del sujeto incapaz; tiene un carácter tuitivo de la persona que carece de aptitudes mentales suficientes como para ejercer por sí misma sus derechos. Por esa razón, sólo el incapaz puede alegar la nulidad del acto otorgado con ausencia de capacidad de hecho... Por el contrario, la incapacidad de derecho (de goce) está establecida "en contra" del sujeto incapaz, buscándose de esta manera evitar situaciones jurídicas que choquen con el orden moral. Ejemplo: un abogado no puede comprar en subasta judicial los bienes de su propio cliente.*”¹⁶⁰ En ésta dirección en cuanto al carácter tuitivo, Fernando Hinestrosa estima que en tratándose de la incapacidad de ejercicio, el presupuesto es que el sujeto o persona desde el punto de vista intelectual se encuentre en una situación de modo tal que *no pueda ser consciente de sus conductas*, que no pueda darse cuenta de sus actos, motivo por el cual, jurídicamente se le incapacita a fin de que no pueda realizar por sí mismo, actos jurídicos, y nos refiere “*Antes de cierto tiempo necesario para una formación física e intelectual suficiente, el ser carece de la seriedad, de la conciencia y -del desarrollo mental, básicos para la vida independiente, y que algunas enfermedades congénitas o adquiridas o desarrolladas posteriormente pueden arruinar la conciencia y mermar en diferente medida la razón, de donde a la vez que señala a las personas que se encuentran en tales circunstancias como incapaces, provee a su protección. Y como esas deficiencias orgánicas no ostentan igual gravedad, dan lugar, según los casos, a incapacidades absolutas y relativas.*”¹⁶¹ De lo que se deriva que, por esa razón tienen incapacidad de ejercicio primeramente los menores de edad, e incluso aquellos mayores de edad por carecer de aptitudes mentales necesarias para actuar válidamente por sí (directamente), esto

¹⁵⁷ Aunque la incapacidad sea absoluta, siempre la ineficacia de los actos de incapaces de hecho (ejercicio) tiene como principal meta proteger al incapaz, por lo que la nulidad es relativa y el acto nulo. Las incapacidades de derecho (de goce) pueden acarrear una nulidad absoluta o una nulidad relativa, según el interés implicado en la nulidad. CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 407

¹⁵⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105

¹⁵⁹ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 894.

¹⁶⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238 y ss.

¹⁶¹ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones*, *op. cit.*, p. 295 y 296

es por su propio derecho, en el ejercicio de sus derechos, y hayan sido declarados así en virtud de una sentencia por la que se decreta su estado de interdicción.

3.3.2. Consecuencias jurídicas de cada tipo de incapacidad.

Relacionado con lo anterior, *¿debe ser iguales las consecuencias para las incapacidades?, ¿cada incapacidad debe tener sus propias consecuencias?, y en su caso, ¿cuál deberá ser la consecuencia atribuible a cada tipo de incapacidad?*

El jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti estima que *“cuando existen incapacidades de derecho, lo que impide la celebración del contrato, sea por sí mismo o por medio de representantes, a diferencia de lo que sucede en la incapacidad de hecho [...] El efecto que produce el vicio de falta de capacidad o de legitimación es la nulidad.”*¹⁶² Esta consideración nos brinda una mera orientación, pero desde nuestra perspectiva, no colma la respuesta que buscamos, la respuesta debe ser más precisa; aquella que distinga las consecuencias que se derivarían de una y otra incapacidad. En cambio, Anahí Malicki considera que: *“los actos otorgados con incapacidad de derecho, es decir, cuando el sujeto está alcanzado por una prohibición legal específica en relación a la celebración de un determinado acto jurídico. Debe recordarse que no hay en nuestro ordenamiento jurídico “incapaces de derecho” –absolutos– sino incapacidades con relación a ciertos actos y sujetos... Con relación al carácter de la nulidad, no es posible afirmar de antemano si en estos casos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Será menester investigar previamente si es un interés general o particular el que aparece lesionado con el acto prohibido. Por regla general la nulidad será absoluta, pues el fundamento de las incapacidades de derecho, en principio, radica en la protección de la moral o de intereses de tipo general o colectivos.”*¹⁶³ Estas ideas se aproximan un poco más pero, considera la autora que no se puede afirmar de antemano si es nulidad absoluta o relativa; ya que ello dependerá del tipo de interés que se tutele. Sin embargo, Malicki de manera terminante subraya que *las consecuencias de la incapacidad de goce, por el interés colectivo que tutela, por regla general es la nulidad absoluta.*¹⁶⁴ Situación que por cierto, en cuanto a sus consecuencias no está determinada de igual forma por la legislación civil mexicana, pues ésta únicamente alude al término de “incapacidad” sin hacer distinciones entre la incapacidad de goce y la incapacidad de ejercicio o de obrar. De lo anterior, podemos

¹⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 224 y ss

¹⁶³ MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, Hechos y Actos Jurídicos, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p.754

¹⁶⁴ “La norma se refiere a los actos otorgados con incapacidad de derecho, es decir, cuando el sujeto está alcanzado por una prohibición legal específica en relación a la celebración de un determinado acto jurídico. Debe recordarse que no hay en nuestro ordenamiento jurídico “incapaces de derecho” sino incapacidades con relación a ciertos actos y sujetos. Es por ello que el Código no trae un conjunto sistemático de normas comprensivas de las distintas incapacidades, sino que se encuentran diseminadas por el Código distintas normas que establecen incapacidades de derecho con relación a determinados actos... Por regla general la nulidad será absoluta, pues el fundamento de las incapacidades de derecho, en principio, radica en la protección de la moral o de intereses de tipo general o colectivos.”*Ibidem.* p. 755

inferir para hacer la consideración siguiente: como las incapacidades de goce se fincan en la tutela del interés comunitario; entonces, su objetivo basal es la protección o salvaguarda del orden público; y las incapacidades de ejercicio se basan en la protección de intereses meramente privados, y que son la protección del propio incapaz de ejercicio, por consiguiente, debido al interés protegido, la consecuencia a ésta última deberá ser de menor magnitud que ante la primera.

Leopoldo Peralta, hace ésta distinción: *"la ley no pretende poner al incapaz (de ejercicio) en mejores condiciones que los demás; sólo pretende igualar su situación a la del resto de los integrantes del tejido social."*¹⁶⁵ Por ello es que se debiera tutelar la incapacidad de ejercicio con la nulidad relativa, pueda ratificarse convalidándose el acto, y en principio, sólo puede ser invocada por el incapaz, por ello, está en beneficio de éste. En cambio, la incapacidad de goce debe tutelarse con una nulidad absoluta, ya que así sería imprescriptible la acción de nulidad, evitando con ello el que se pueda ver vulnerado el orden público. El maestro Manuel Bejarano Sánchez considera que la incapacidad de goce debe reprimirse con mayor severidad que la simple incapacidad de ejercicio; la consecuencia de la primera debe ser la nulidad absoluta; la de la segunda, la nulidad relativa.¹⁶⁶ En el mismo sentido se expresa el maestro Leopoldo Peralta.¹⁶⁷

La capacidad de obrar, sabemos que se obtiene generalmente con la mayoría de edad o la emancipación; la falta de capacidad de ejercicio engendra una nulidad relativa, y puede ser confirmado dicho acto por el incapaz cuando ha dejado de serlo, o bien por sus legítimos representantes; esto es, quienes sobre él ejercen la patria potestad o sus tutores; sin embargo *¿la ulterior capacidad adquirida equivale a una confirmación?* Se considera que no, no opera de pleno derecho la confirmación por el hecho de que, quien era incapaz de ejercicio al celebrar el acto jurídico, adquiriera en breve tiempo después esa capacidad de obrar; se requerirá necesariamente un acto especial de confirmación;¹⁶⁸ no obstante, lo que puede suceder es: que la acción de nulidad relativa se extinga por la prescripción, o que se actualice la convalidación tácita por medio del cumplimiento voluntario por parte del que pretende hacer valer la acción de nulidad relativa, ya que con ello también se estaría convalidando el acto afectado de nulidad.

Un caso muy especial merece la atención es lo que la doctrina argentina ha señalado para los llamados *minicontratos*, *¿cómo proceder ante éstas situaciones*

¹⁶⁵ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Comentarios de los artículos 103 a 125", *op. cit.*, p. 253

¹⁶⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105

¹⁶⁷ *La sanción para los negocios jurídicos otorgados con ausencia de capacidad de hecho (de ejercicio) es la nulidad relativa. Consecuentemente, el acto es confirmable. La sanción para los negocios jurídicos otorgados con ausencia de capacidad de derecho (de goce) es la nulidad absoluta. Corolario de ello es que el acto así otorgado es insusceptible de confirmación.* PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Comentarios de los artículos 103 a 125", *op. cit.*, p. 239

¹⁶⁸ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, *op. cit.*, p. 290

reales?, ¿Se les debe conceder plena validez?, o ¿deben seguir siendo tratados como casos de nulidad? Los mini contratos son una realidad social, son acontecimientos en los que los menores celebran compraventas de manera frecuente en los colegios, en las tiendas de la esquina. Es una realidad que los menores de edad cada día participan en la vida económica, adquieren bienes y **son usuarios de servicios de poco valor económico**; menores de edad que por disposición de las leyes carecen de capacidad de ejercicio, casi a diario contratan y en muchas ocasiones lo hacen por necesidad, porque las circunstancias así lo demandan, *¿qué pasa con estos minicontratos? ¿qué respuestas hay ante los cotidianos actos en los que participan los menores de edad?* Esta situación ha sido planteada por Juan Farina,¹⁶⁹ quien pugna por un trato especial para las adquisiciones de bienes o servicios de poco valor, cuyo precio se paga al contado. Ya que bajo el régimen de derecho que actualmente impera, es el de considerar que dichos contratos están afectados de nulidad relativa.

Desde nuestra particular posición, estimamos que por las características que el Derecho mexicano atribuye a la nulidad relativa, pues, para que exista como tal, debe haber una declaración judicial; de no obtenerse ésta, el contrato surte efectos de validez; por ello, creemos que para efectos prácticos, en nuestro derecho nacional, no es necesaria modificación alguna, ya que los actos que estén afectados de nulidad relativa *-como son los antes referidos-*, conlleva a que: 1.- **en los casos en que realmente se afecten intereses económicos importantes de los menores, por su desventaja intelectual**, se pueda proceder *-por el interés que representa-* a la declaración de la misma; y en cambio, 2.- para situaciones de tipo práctico donde **no hay afectación patrimonial alguna a los intereses del menor**, pues simplemente la solución es el no intentar la acción de nulidad para que los actos jurídicos sigan surtiendo efectos de validez.

3.3.2.1. Los efectos atribuibles a la incapacidad de goce

Las incapacidades de derecho (de goce) se justifican porque con ellas se tiende a la protección del orden público y obedecen, por tanto, a los fines de cada Estado en función de cuestiones de tipo político, sociales, culturales, económicas; por ello, son impedimentos o restricciones legales sólo para la materialización de determinados

¹⁶⁹ Si nos colocamos dentro de las normas estrictas del Código Civil, el contrato comercial celebrado por un menor es siempre nulo. Lo determina el art. 1160: *"No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa"*... hay razones suficientes para aceptar su existencia en la vida diaria, y buscar una solución adecuada sin violentar la ley. Los contratos celebrados por incapaces a nombre propio, sean grandes o pequeños -dice LÓPEZ DE ZAVALÍA- son nulos, según el art. 1160 y concls. del Cód. Civil; pero, tratándose de mini-contratos, cabe para éstos una solución adecuada a la realidad del quehacer cotidiano. Siguiendo a este autor podemos caracterizar a estos últimos como los de adquisición de bienes o servicios de poco valor, que responden a las necesidades de la vida diaria, o para uso o esparcimiento del menor, y cuyo precio se paga al contado. FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 140 y ss.

actos.¹⁷⁰ Por lo tanto, la incapacidad de goce no es absoluta, esta incapacidad no puede desaparecer respecto de la persona de una manera total. Sobre éste tema Messineo prescribe: *“pueden registrarse no pocos casos de incapacidad jurídica; aquí conviene añadir que la mayoría de esos casos suelen, por el contrario, asignarse a la materia de la capacidad de obrar ... en los casos en que, no solamente el sujeto no está admitido por el ordenamiento jurídico a cumplir determinados actos, sino que ni siquiera está admitido a cumplirlos por él su representante legal, se está, precisamente, en presencia de figuras de incapacidad jurídica ...”*¹⁷¹ En tratándose de la incapacidad de goce tenemos que: “la incapacidad especial supone la persona con una calidad determinada frente a un acto también determinado. En consecuencia, la incapacidad especial afecta únicamente sujetos determinados, limitando su actuación para aquellas situaciones particulares así previstas de manera especial por el ordenamiento jurídico; de tal modo que para su actualización se necesitan dos condiciones: la determinación del sujeto y la delimitación del acto.”¹⁷² Lo que Alessandri denomina incapacidad especial, equivale a lo que venimos denominando incapacidad de goce.

Como ejemplos de nulidad por incapacidad de goce¹⁷³ en el derecho argentino Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert señalan: *“es nula la adopción otorgada a un incapaz de hecho absoluto, un demente declarado tal en juicio (art. 1041 c.c. argentino), por ejemplo, o a quien está impedido de adoptar por una expresa prohibición de la ley (incapacidad de derecho)... La nulidad será absoluta, ello es, definitiva, inconfirmable.”*¹⁷⁴ También como ejemplo de incapacidad de goce en el Derecho Argentino, Santos Cifuentes alude el caso de *“la compra por un juez de lo que ha ordenado vender en un expediente de su juzgado, atañe al resguardo de la honestidad y corrección del desempeño judicial, y por ello la nulidad es absoluta.”*¹⁷⁵ En el Derecho Venezolano tenemos otros supuestos alusivos a ésta especie de incapacidad, así verbigracia *“en la*

¹⁷⁰ Cfr. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 237. Otro ejemplo más lo propone Guillermo Borda cuando escribe: *“Los padres no pueden comprar los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, ni los tutores o curadores los bienes de sus pupilos o curados, ni los albaceas los bienes de la testamentaria en que han sido nombrados; los mandatarios no pueden comprar los bienes cuya venta les ha sido encargada por su mandante; los empleados públicos no pueden adquirir los bienes del Estado de cuya administración o venta estuvieren encargados; los jueces, abogados, fiscales, defensores, procuradores, escribanos y tasadores no pueden adquirir los bienes que estuviesen en litigio ante el tribunal en que actúan.”* BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 231

¹⁷¹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, *op. cit.*, págs. 116 y 117

¹⁷² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, *op. cit.* p. 449

¹⁷³ Atilio Alterini señala como un caso de incapacidad de goce en el derecho argentino el siguiente: *“está prohibido a los jueces adquirir por sí o por interpósita persona, aunque sea en remate público, “los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio” (art. 1361, inc. 6a, Cód. Civ.; conc. art. 1160); esto significa que los jueces, para ese acto, no tienen capacidad de derecho, o sea, que no pueden ser titulares de la relación jurídica de que se trata... El juez es incapaz de derecho, porque no puede ser titular, ni por sí ni por intermedio de otro, de la relación jurídica de que se trata.* ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 204

¹⁷⁴ BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 514

¹⁷⁵ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 407

sucesión testamentaria, los incapaces de adquirir por testamento, las prohibiciones de venta a determinadas personas... quien adolece de tal tipo de incapacidad no puede ser titular de un derecho."¹⁷⁶ Tenemos también lo que Alessandri cita como ejemplos en el derecho chileno *"las incapacidades para suceder, para adquirir derechos hereditarios."*¹⁷⁷ También en el Derecho Chileno Ramón Domínguez Águila, refiere el caso del *testamento otorgado por una persona incapaz es una incapacidad de goce.*¹⁷⁸ Domínguez Benavente describe: "Dentro de las incapacidades de goce especiales está la de *quienes no pueden testar, ya que la facultad de testar es indelegable*, por lo que el incapaz de testar, no puede hacerlo por sí mismo, ni puede hacerlo por medio de su representante, *no es una simple carencia de la capacidad de ejercicio, sino de la falta de aptitud para gozar del derecho de testar, falta que es insubsanable.*"¹⁷⁹ Como podemos observar, el derecho positivo en función de juicios de conveniencia ya sea de índole política, social, cultural, económica, etcétera, señala éste tipo de incapacidades y que la misma doctrina así las ha denominado *"incapacidades de goce"* o *"incapacidades de derecho"* que significan lo mismo.

Pretendiendo dar un concepto de la incapacidad de goce, señalamos que *es la negación o restricción expresa de derechos, que el ordenamiento jurídico positivo de un Estado determinado establece en relación a personas determinadas y en situaciones o supuestos especiales, impidiendo de manera absoluta que la persona pueda realizar los actos jurídicos, que de manera excepcional así son considerados por la ley.* Barros Errazuriz estima que la incapacidad de goce es algo excepcional y por ello sólo se justifica en casos especiales.¹⁸⁰ Precisamente, *"las incapacidades de derecho no están sistematizadas en la ley, sino que surgen de las diferentes prohibiciones que en ella se contienen. Son incapacidades relativas, nunca absolutas, y generalmente establecidas por razones de orden público y para resguardar intereses generales."*¹⁸¹ Así, por las razones que acabamos de señalar, en cuanto a su ubicación dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, no podemos decir que deban estar todas contenidas en un solo cuerpo normativo sino que pueden y de hecho están contenidas en diversos cuerpos normativos.

En el caso del derecho mexicano, estas incapacidades se pueden derivar de todo el ordenamiento jurídico y no sólo de los Códigos Civiles, tal es el caso del

¹⁷⁶ OCHOA G, Oscar, E., *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 228

¹⁷⁷ "Las incapacidades de goce son, pues, excepcionales y además especiales siempre, es decir, que no conciernen más que a uno o varios derechos determinados. No puede concebirse que una persona se halle privada de todos sus derechos civiles." ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado General de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, T. II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 249

¹⁷⁸ "Debe agregarse que, siendo la incapacidad para testar una incapacidad de goce, se traduce en una verdadera prohibición de otorgar testamento." DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Derecho Sucesorio, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 393

¹⁷⁹ "la incapacidad de testar es una incapacidad de goce. La incapacidad de goce implica una falta de idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones... no hay incapacidades de goce generales o absolutas, sólo son especiales, relativas a determinados derechos y obligaciones." *Ibidem*, p. 305

¹⁸⁰ Cfr. BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 128

¹⁸¹ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 176

artículo 27 de la Ley Fundamental mexicana que contiene varias incapacidades de goce. En este sentido, Manuel Borja Soriano concibe como un supuesto de incapacidad de goce el caso de los extranjeros que carecen del derecho para obtener el dominio de tierras, aguas y sus accesiones en lo que se denomina faja prohibida.¹⁸² Ignacio Galindo Garfias,¹⁸³ reconoce como restricciones a la capacidad - *incapacidades de goce*-, la reconocida en la fracción I del artículo 27 de la Carta Magna mexicana, consistente en que los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo de tierras, aguas y sus accesiones, en la faja prohibida, ni pueden obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana, sin previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el cual sólo podrá ser concedido, si convienen en no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a dichos bienes o concesiones, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. Coincidiendo con los antecesores, Bejarano Sánchez precisa que, habrá incapacidad de goce, en los casos que el ordenamiento jurídico positivo así lo decreta; éste es el caso en que se encuentran los extranjeros para realizar ciertos actos y no cabe para ellos la representación.¹⁸⁴

Además del caso de los extranjeros ya aludido, se establecen también incapacidades para corporaciones religiosas; instituciones de beneficencia; sociedades comerciales por acciones. El del artículo 130 del mismo ordenamiento supremo para los ministros de los cultos incapacidades para adquirir por herencia.

Sobre éste particular y en éste mismo rumbo Ricardo Treviño refiere que efectivamente existen casos de *incapacidad de goce* en nuestro ordenamiento positivo mexicano. En nuestra legislación se consideran como casos de *incapacidad de goce* las que se desprenden del artículo 27 de la Constitución; tales como la de los extranjeros en relación a la adquisición de ciertos bienes en la faja prohibida; también en relación a la adquisición de ciertos bienes se establecen incapacidades para las asociaciones religiosas, instituciones de beneficencia públicas o privadas, sociedades mercantiles por acciones, los bancos, los Estados, municipios y el Distrito Federal, (sólo los indispensables para la consecución de su objeto social); también en el artículo 130 del mismo ordenamiento legal que establece algunas incapacidades en materia de testamentos para los ministros de los cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que ellos pertenezcan.¹⁸⁵ Además de los casos de incapacidades de goce establecidos en la Ley Suprema de los Mexicanos, hay otras leyes como el Código Civil Federal que establece quienes no pueden ser albaceas, salvo que sean herederos únicos; la

¹⁸² Vid. BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, PORRÚA, México, 2001, p. 240.

¹⁸³ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, op. cit.* p. 388

¹⁸⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 103

¹⁸⁵ Cfr. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, McGraw-Hill, México, 2007, p. 204

incapacidad para hacer testamento; el Código de Comercio que incapacita a los corredores para ejercer el comercio, son ejemplos de incapacidades de goce.

Reforzando la temática particular que estamos desarrollando, Montero Duhalt considera que *“por cuestiones de orden superior, la ley limita en casos determinados la capacidad de goce de las personas [...] Estas prohibiciones particulares de la ley –ya que sólo por vía de prohibición puede limitarse la aptitud genérica del individuo– determinan en el sujeto lo que se ha llamado tradicionalmente incapacidad de derecho (o de goce).”*¹⁸⁶ Por lo anterior, en el Derecho mexicano, las consecuencias que deben ser atribuibles a las incapacidades de goce, deben ser las mismas que el ordenamiento jurídico atribuye a los casos de la ilicitud; así, para así, poder tutelar eficazmente ese orden superior – Orden Público- y evitar que sea vulnerado por voluntad particular, por lo que, por sus características propias, se estima que deben ser las de nulidad absoluta.

3.3.2.2. La ratio iuris de las incapacidades de goce

¿En qué descansa el fundamento racional de la incapacidad jurídica? Para responder a ésta cuestión, expondremos las consideraciones que cuatro juristas hacen sobre el punto que estamos analizando

El primero de ellos, Atilio Alterini considera que su ratio juris de éstas incapacidades, es de tipo ético o moral, e impiden al incapaz de goce *“aprovecharlas en su beneficio.”*¹⁸⁷

Estima Montero Duhalt que el fundamento ético-jurídico de dicha incapacidad, es *“la existencia de la incapacidad de derecho o de goce, obedece a razones de orden público, habida cuenta del difuso significado que a la expresión orden público corresponde. Orden público se refiere tanto al campo de lo privado, como al ámbito más extenso del interés público.”*¹⁸⁸

Leopoldo Peralta estima que éstas incapacidades desde el punto de vista moral buscan que las relaciones sociales sean sanas y subraya: *“La imposición legal de incapacidades de derecho tiene fundamento en razones de orden moral, buscándose impedir que alguien sea titular de un derecho determinado.”*¹⁸⁹

Por último, Julio César Rivera subraya que *“con las incapacidades de derecho se trata de proteger principios superiores, o sea de orden público, y especialmente la moral y la buena fe. De allí entonces que las incapacidades de derecho no se establecen en beneficio del*

¹⁸⁶ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 831

¹⁸⁷ ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸⁸ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 832 y ss.

¹⁸⁹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238

incapaz, sino en su contra, para evitar incorrecciones en las que pudiera incurrir con motivo del goce de ese derecho.”¹⁹⁰

De lo expuesto por los cuatro autores se desprende lo siguiente, los tres autores consideran de manera unánime que obedece a *cuestiones de orden moral*, aunque Julio César Rivera, además del aspecto moral, nos refiere la protección de principios superiores (orden público), y hace una precisión que consideramos importantísima, *“no se conceden el beneficio del incapaz”*; la jurista mexicana Sara Montero en cambio, señala que obedece a *cuestiones de orden público*, pero le da un significado muy amplio, ya que considera que el orden público se refiere al campo de lo privado, como al ámbito más extenso del interés público; inclusive, en el epígrafe del trabajo que elabora, le denomina *“fundamento ético-jurídico de la incapacidad”*. Nosotros también nos inclinamos por la postura de Montero Duhalt, ya que estimamos que la moral da contenido a muchas normas jurídicas; por lo que, sólo aquellas normas morales que hayan sido arropadas por la protección del derecho son a las que debemos considerar, habida cuenta que la incapacidad existirá sólo en función de la declaración expresa del orden jurídico. En conclusión, las incapacidades de goce se han creado para proteger el orden público, en función de las necesidades y situaciones concretas que un estado determinado ha considerado por razones de conveniencia; por lo que no operan sólo en beneficio del incapaz; a diferencia de las incapacidades de ejercicio, que siempre son en beneficio del incapaz.

Hemos señalado de manera muy somera que la doctrina jurídica considera que la consecuencia atribuible de la incapacidad de goce debe ser la nulidad absoluta.¹⁹¹ Carlos Santiago Nino estima que las consecuencias ante la incapacidad de goce deben ser la nulidad absoluta;¹⁹² sin embargo, hay quienes se han expresado en el sentido de que la consecuencia debe serlo la inexistencia del acto jurídico; Manuel Chávez Ascencio así lo considera cuando declara *“La ley limita a algunos sujetos conforme a lo anteriormente expresado, por razones de orden público, de la persona o como sanción. Al no respetarse esas limitaciones a la capacidad, el acto jurídico será inexistente por imposibilidad jurídica de realizar el objeto materia de ese acto (art. 1794 frac. II c.c.), por ser incompatible con la norma jurídica que debe regirlo necesariamente al no tener la aptitud necesaria (art. 1828 c.c.)”*¹⁹³ Imaginemos por ejemplo que un funcionario judicial –secretario– se adjudica para sí un inmueble, dentro del juzgado en el que desempeña su función judicial. Por inicio de cuentas, al tener una restricción legal para adjudicárselo en

¹⁹⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 396

¹⁹¹ Julio César Rivera especifica que *“el acto otorgado, precisamente por aquél a quien la ley le prohíbe el ejercicio del mismo, habrá de resultar nulo, según claramente surge del artículo 1043 –argentino y su nota–. Y en principio, esa nulidad habrá de ser absoluta, de forma tal que el acto no podrá ser confirmado a fin de preservar de tal manera el fundamento y la finalidad en que se asienta esta incapacidad.”* *Ibidem*, p. 397

¹⁹² Sobre a las consecuencias atribuibles a la incapacidad de goce o de ejercicio Santiago Nino escribe: *“La extensión y los efectos de la nulidad dependen de que la incapacidad sea de derecho o de hecho y, en este último caso, que sea absoluta o relativa.”* NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 219

¹⁹³ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., *“Capacidad”*, *op. cit.*, p. 43

dichos términos, no podría hacerlo ni por sí, ni por medio de representante, este es un acto donde evidentemente se trata de una incapacidad de goce. Si a pesar de la limitante, lo hace *¿sería inexistente dicho acto procesal?*, Creemos que no, pues la inexistencia sería la nada jurídicamente hablando, no engendraría consecuencias de ningún tipo, ni aun de carácter provisional; estimamos que esto sería inadmisibile en el sentido de que los actos que se celebren por quien no tiene tales o cuales derechos, de plano mientras haya voluntad o consentimiento y objeto posible, *no podrán ser inexistentes*; la falta de capacidad jurídica, en cambio engendraría la nulidad absoluta, lo permitiría que, *aunque acto genere efectos de manera transitoria*, pueden ser devastados de manera retroactiva con la sentencia de nulidad; además, esto brindaría una gran ventaja para los afectados por dichos actos, esta ventaja estriba en que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

En resumen, podemos concluir que una incapacidad de goce implica que el sujeto no pueda realizar determinado acto jurídico ni por sí, ni por interpósita persona; por tanto, todo aquel supuesto jurídico por el cual determinados sujetos carezcan de tales o cuales derechos señalados en ley y tampoco exista la posibilidad de que pueda intervenir un representante, porque jurídicamente no sería factible, estaremos ante situaciones de incapacidad de goce; y no a aquellos casos en los que, cumpliendo determinados requisitos la ley dé acceso al derecho determinado, ya que esto último sería una falta de legitimación y no incapacidad de goce. En síntesis, si no se tiene un derecho determinado y tampoco cabe la representación estamos ante una incapacidad de goce.

A continuación señalamos algunos casos de incapacidad de goce basados en la legislación mexicana:

De la Ley Fundamental Mexicana tenemos los siguientes:

Del artículo 27 de la Ley Suprema de los Mexicanos tenemos:

I. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas...

II. Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria;

III. Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria;

IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto...

V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos, sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.

También el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 130. ... Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Del Código Civil Federal tenemos los siguientes:

Artículo 410 D.- No pueden adoptar mediante adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz.

Artículo 503.- No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;*
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;*
- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;*
- IV. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;*
- V. El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;*
- VI. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta;*
- VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado; nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;*
- IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia;*
- X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;*
- XI. Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;*
- XII. El que padezca enfermedad crónica contagiosa;*
- XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley.*

Artículo 1051.- El usuario y el que tiene derecho de habitación en un edificio, no pueden enajenar, gravar, ni arrendar en todo ni en parte su derecho a otro, ni estos derechos pueden ser embargados por sus acreedores.

Artículo 1306.- Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;*
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.*

Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Artículo 1316.- Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella;

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra él autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII. Los ascendientes que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos;

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;

X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.

XII.- El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

Artículo 1321.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean

instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.

Artículo 1323.- Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria; así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos

Artículo 1324.- Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

Artículo 1328.- Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

Artículo 1331.- Por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.

Artículo 1325.- Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros.

Artículo 1530.- Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado.

Artículo 1502.- No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del Notario que lo autorice;*
- II. Los menores de dieciséis años;*
- III. Los que no estén en su sano juicio;*
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;*
- V. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;*
- VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;*
- VII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.*

Artículo 1680.- No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

I. Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;

II. Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;

III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;

IV. Los que no tengan un modo honesto de vivir.

Artículo 2276.- Los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes.

Artículo 2280.- No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I. Los tutores y curadores;

II. Los mandatarios;

III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;

IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;

V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;

VI. Los empleados públicos.

Artículo 2281.- Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido.

Artículo 2282.- Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este Capítulo, serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

Artículo 2324.- No pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el Juez, Secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate

Del Código de Comercio tenemos los siguientes:

Artículo 12.- No pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

La limitación a que se refiere la fracción anterior, comenzará a surtir sus efectos a partir de que cause ejecutoria la Sentencia respectiva y durará hasta que se cumpla con la condena.

Adviértase que *en todos y cada uno de los supuestos antes señalados se impide la titularidad de derechos a las personas en ellos señalados; pero además,*

impiden la representación en cualquiera de sus especies; por lo que, en caso de contravención a los mismos, la consecuencia que debería ser atribuible estimamos que no debería ser la nulidad relativa como lo señala la legislación mexicana.

3.3.2.3. Los efectos atribuibles a la incapacidad de ejercicio

Hay incapaces *de ejercicio* que lo son en forma *absoluta*; –insiste Carlos Santiago Nino–o sea, “hay personas que no pueden por sí mismas, es decir sin la intervención de un representante legal, adquirir ningún derecho subjetivo civil ni contraer ninguna obligación.”¹⁹⁴ La incapacidad de ejercicio implica que el sujeto que tiene determinados derechos y obligaciones, no está facultado para exigirlos por sí, ni para cumplirlos de manera directa; el incapaz de ejercicio requiere de la intervención de sus representantes legítimos para la validez del acto o actos que pretende realizar. Siguiendo la herencia francesa, conforme al Código de Napoleón los incapaces de ejercicio eran los menores de edad, los interdictos y las mujeres casadas en los casos establecidos en la ley, y aquellos a quienes la ley impedía celebrar ciertos contratos.¹⁹⁵

Hoy en día, la incapacidad de ejercicio se basa en circunstancias que recaen sobre la persona que no le permiten darse cuenta de sus actos, son situaciones de carácter biopsicológico; un ejemplo de actos nulos por incapacidad de ejercicio en México podría ser el caso de los menores de edad que aparentan ser mayores de edad, y que por sí mismos contratan. El acto jurídico otorgado por un menor adulto –*señala Malicki*–, por sí mismo y sin la representación necesaria, podrá ser declarado nulo y la nulidad en este caso será relativa, por estar en juego el interés particular del menor.¹⁹⁶ En el anterior ejemplo del menor de edad, aunque tenga determinados derechos, para hacerlos valer requerirá de la intervención de sus representantes legítimos; lo mismo se puede decir de un sordomudo que no sabe leer ni escribir, de un ebrio consuetudinario, o de quien hace uso inmoderado de drogas enervantes; estas personas por las circunstancias expresadas, no se consideran aptas para contratar de manera directa, sino que tienen que hacerlo de manera indirecta, ésta es la fórmula a través de la cual pueden celebrar contratos válidamente. También aquí la ley formula una consideración abstracta, “*pues no toma en cuenta la voluntad psicológica del sujeto determinado, sino la voluntad jurídica que le atribuye; así, el niño genio será igualmente incapaz de hecho en tanto no llegue a la edad en que se lo reputa mayor de edad, y*

¹⁹⁴ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 218

¹⁹⁵ Del Código de Napoleón los artículos siguientes: “1123. Qualquer persona puede contratar si no está declarada incapaz por la ley. 1124. Los incapaces de contratar son: 1º Los menores de edad. 2º Los interdictos. 3º Las mugeres casadas en los casos explicados por la ley. 4º Y generalmente todos aquellos á quienes la ley ha prohibido ciertos contratos. Artículo 1125. El menor de edad, el interdicto y la muger casada, no pueden impugnar por causa de incapacidad sus obligaciones sino en los casos prevenidos por la ley. Las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad del menor, del interdicto, ó de la muger casada con quienes contrataron.” CÓDIGO NAPOLEÓN, Con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Imprenta de la Hija de Ibarra, Madrid MDCCCIX (1809), Edición facsimilar del original perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. p. 206

¹⁹⁶ MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *op. cit.*, p. 751

*el demente declarado, por más que haya mejorado su salud mental, seguirá interdicto en tanto no sea pronunciada la resolución judicial que levante su interdicción.”*¹⁹⁷

Si la regla general es la capacidad, sólo son dos las categorías que a manera de excepción se reconocen; para Ramón Sánchez Meda estas categorías son: 1ª La declaración de Estado de minoría; o 2ª Sentencia de interdicción; esto es, declaración de incapacidad por demencia,¹⁹⁸ y se traducen en incapacidades de ejercicio. La primera se puede demostrar con el documento idóneo del que se desprende la edad de una persona; el segundo, necesariamente supone la resolución judicial que así lo decreta.

La incapacidad de ejercicio deriva de dos causas diversas: una natural y otra legal. La primera se llama incapacidad absoluta y la segunda incapacidad relativa. “La incapacidad absoluta es natural y comprende aquellas personas que por razón de su edad, demencia o defecto físico no tienen el discernimiento necesario. Esta incapacidad es general para toda clase de actos [...] La incapacidad relativa es legal, y proviene de diversas causas, calificadas arbitrariamente por la ley.”¹⁹⁹ Sin embargo, hay quienes no están de acuerdo en el empleo del término *incapacidad natural*, no obstante que las leyes civiles mexicanas generalmente coinciden al expresar en sus textos la frase “*Tienen incapacidad natural y legal*”. En éste sentido, refiriéndose al Código Civil para el Distrito Federal, Alberto Pacheco escribe: “debe entenderse el artículo 450 del Código Civil –del Distrito Federal–, el cual, en nuestro concepto estaría mejor redactado si suprimiera la mención a las incapacidades naturales, pues no todos los que declara incapaces esa disposición lo son por naturaleza, y sí en cambio todos son incapaces legales, unos por serlos naturales y otros por sola disposición de ley”.²⁰⁰ Estamos de acuerdo en la propuesta que hace el Doctor Pacheco, ya que las incapacidades de ejercicio, al ser excepcionales, necesariamente deben estar establecidas de manera expresa por la ley, sin ese señalamiento legal, simplemente no existirían esas incapacidades.

Montero Duhalt²⁰¹ destaca como causas que han motivado la incapacidad de ejercicio a través de diversas épocas y en diferentes lugares han sido:

- a) La minoría de edad. Todas las legislaciones, de todos los tiempos y lugares, en las primeras etapas de la vida del ser humano, han tomado en cuenta la edad para determinar la capacidad de ejercicio, en ocasiones se prescindió del número de años de vida como elemento definidor de la capacidad, basándose en cambio en otras consideraciones como la pubertad por ejemplo. Así, en el Derecho Romano, la tutela se establece para amparar a los que no pueden

¹⁹⁷ ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 205

¹⁹⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.* p. 50

¹⁹⁹ BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 129

²⁰⁰ PACHECO E., Alberto, *Persona en el derecho civil mexicano*, Panorama, México, 1985, p. 139

²⁰¹ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 838 y ss.

- defenderse por su corta edad²⁰² y ejerció sobre los sui iuris menores de 14 años distinguiéndose entre ellos los menores y mayores infantes;²⁰³ y la curatela sobre los menores de 25 años. La tutela y la curatela romanas fueron dos poderes sobre las personas con relación a los actos patrimoniales de sui iuris.²⁰⁴
- b) Sexo femenino. Desgraciadamente en los ordenamientos jurídicos, la situación de la mujer a lo largo del tiempo ha sido de inferioridad a la condición del hombre y se ha considerado como incapaz de ejercicio. “La concepción de la vida en la antigüedad, en el Medievo y aún en la edad moderna, sacrifica la personalidad de la mujer y de los hijos en aras de la “dignidad” del varón y de la autoridad del padre y marido.” Apenas a inicios del siglo XX se ha ido reconociendo la igualdad y dignidad femenina frente al hombre, en algunas legislaciones aunque de manera parcial. El derecho romano estableció la tutela por razón de sexo, la mujer sui iuris estaba sujeta a la tutela perpetua.²⁰⁵
 - c) Ausencia de inteligencia. Bajo éste concepto se comprende los casos que la ley ha llamado locura, idiotismo, imbecilidad, trastorno mental, demencia furiosa, enajenación mental y otros más. El derecho romano consideró la curatela de los furiosi (cura furiosi).²⁰⁶
 - d) Sordomudez y no saber leer ni escribir. Estos sujetos están imposibilitados para comunicarse y por tanto para celebrar actos jurídicos y contratar.
 - e) Dipsomanía y toxicomanía. Se equiparan a enfermedades mentales ya que la ingesta habitual de alcohol o de drogas puede conllevar a trastornos mentales graves.
 - f) Prodigalidad. Pródigo es el que malgasta o dilapida sus bienes. La ineptitud para administrar un patrimonio, es la razón de ésta incapacidad en algunas legislaciones. El derecho romano consideró la curatela de los pródigos (cura prodigi).²⁰⁷ En el caso mexicano, no se considera a la prodigalidad como una causa de incapacitación.

En éste tenor, vale la pena señalar novedosa la reforma que en materia de incapacidad se hizo en el Distrito Federal, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal fechada el 25 de mayo de 2000 se publicó la reforma al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en los siguientes términos.

²⁰² HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementos de Derecho Romano según el orden de las instituciones*, Trad. Por Don José Vicente, Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz, Madrid 1842, p. 80. También en MORINEAU IDUARTE, Martha, et al., *Derecho Romano*, Oxford, México, 2003.

²⁰³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 371 y 390.

²⁰⁴ BONAFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, Trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f, p. 216.

²⁰⁵ BERNARD MAINAR, Rafael, *Curso de Derecho Privado Romano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 570

²⁰⁶ MOUSOURAKIS, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 117

²⁰⁷ *Idem*.

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.”²⁰⁸

3.3.2.4. La ratio iuris de las incapacidades de ejercicio

¿Cuál es el fundamento o ratio iuris de las incapacidades de ejercicio? Igual que como lo hicimos cuando tratamos las incapacidades de goce, expondremos las consideraciones que los mismos cuatro juristas hacen sobre el punto que estamos analizando.

Atilio Alterini sobre el fundamento de las incapacidades de hecho sostiene que descansan en el interés particular del incapaz, buscan proteger las deficiencias de la persona, ya por su minoría, ya por su inmadurez psicológica, o por enfermedad mental,²⁰⁹ situaciones estas que evidentemente, lo ponen en desventaja ante otros sujetos que carecen de estas insuficiencias.

Por su parte Leopoldo Peralta, sobre el fundamento de la incapacidad de ejercicio estima que *“La razón de ser del reconocimiento de la existencia de incapacidades de hecho radica en la insuficiencia en las aptitudes mentales de un sujeto, como consecuencia de las cuales no es adecuado que ejerza por sí mismo los derechos cuya titularidad posee (o directamente exista imposibilidad material de que los ejerza, como en el caso de las personas por nacer).”*²¹⁰

Sara Montero en cuanto al fundamento ético-jurídico de la incapacidad de ejercicio considera que *“encuentra su fundamento en razones eminentemente éticas, de solidaridad social, (protección de los débiles, de los incapacitados psíquicos, cualquiera que sea su causa), así como en razones solamente jurídicas (seguridad en las transacciones en que intervienen incapacitados, que sólo pueden hacerse efectivas mediante la representación, figura ligada indisolublemente con el de la incapacidad).”*²¹¹ Como una precisión, desde nuestro muy particular punto de vista, estimamos que la representación no está ligada indisolublemente con la incapacidad ya que también existe la *representación de capaces*, objetivada a través de las formas del poder y del mandato, figuras éstas que son representativas en el caso del poder; y que pueden ser representativas, en el caso del mandato; pero además, debe precisarse que no caben éstas, en tratándose de los casos de incapacidad de goce, ya que el incapaz de derecho, al no gozar de ciertos derechos,

²⁰⁸ Gaceta Oficial del Distrito Federal, 25 de mayo de 2000, art. 450

²⁰⁹ ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 205

²¹⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238.

²¹¹ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 833.

tampoco los puede hacerlos valer por representantes, simplemente, porque ni siquiera tiene esos derechos.

Por último, Julio César Rivera sobre el fundamento y finalidad de la incapacidad de ejercicio determina que *“el fundamento para que la ley declare la incapacidad de hecho de una persona puede ser su falta de madurez o discernimiento, o bien la imposibilidad de efectivizar por sí misma el ejercicio de sus derechos. Ello nos lleva entonces a apreciar que el legislador, frente a tales circunstancias, declara a la persona incapaz, a fin de protegerla en el ejercicio de sus derechos nombrándole a tal fin un representante, a fin de que éste [...] ejerza aquellos derechos en nombre y por cuenta de su representado.”*²¹²

En base a las ideas anteriormente expuestas, y en considerando también las coincidencias a las que llegan, admitimos que la *ratio iuris* de ésta incapacidad es sólo la salvaguarda de los intereses del incapaz, y está basada en la falta de madurez o discernimiento que se traducen en la insuficiencia de madurez psicológica, o insuficiencia de sus aptitudes mentales.

En suma, quienes tienen capacidad de ejercicio de un derecho, es porque previamente gozan de él; pero, quienes no gozan de él, por razones de orden lógico-jurídico, *no podrán ejercerlo de manera absoluta ¿cómo se podría ejercer un derecho que no se tiene?* Esto no es posible jurídicamente. Sobre el particular tema, Jorge Sánchez-Cordero escribe: *“Si la capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí misma. La incapacidad es la ausencia de esa aptitud. De la definición anterior, se pueden determinar dos clases de incapacidad: a) de goce, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y b) de ejercicio, como la aptitud para hacer valer por sí misma los derechos y obligaciones de que se es titular. Si bien, la incapacidad de goce generalmente comprende la de ejercicio, la recíproca no es válida.”*²¹³ Como consecuencia de lo anterior, podemos derivar que quienes no tienen capacidad de goce tienen una limitante insalvable ya que no pueden obrar ni por sí, ni por interpósita persona; situación que no sucede ante las simples incapacidades de ejercicio, pues quien sólo es incapaz de ejercicio tiene la posibilidad de obrar por medio de su representante.

En otro orden de cosas, *¿Cuál debe ser la consecuencia jurídica de la incapacidad de ejercicio?* Hemos señalado que cuando la incapacidad se funda en la falta de madurez o lucidez mental de la persona, la norma jurídica tiende a proteger esa circunstancia mediante la ineficacia de efectos jurídicos en relación a los actos jurídicos en que haya participado el incapaz.

Aproximándonos a la solución tenemos a Manuel Chávez Ascencio quien señala que: *“si algún acto jurídico se realizara por algún incapaz por razón de su inmadurez,*

²¹² RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 402 y ss.

²¹³ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al derecho mexicano*, *op. cit.* p. 123

habrá nulidad (arts. 2228 y 2233 c.c.).”²¹⁴ La sanción deberá ser la nulidad, pero, ¿Qué tipo de nulidad debe corresponder a ésta incapacidad? La respuesta que brinda Chávez Ascencio, no es del todo completa, se queda en lo general, si bien, subraya que la consecuencia ante los casos de incapacidad de ejercicio es la nulidad, no hace el deslinde correspondiente al omitir precisar qué tipo de nulidad es la que se engendraría.

Julio César Rivera, en cambio, va un poco más allá de la respuesta que precede, considera en relación a la incapacidad de ejercicio que *“frente a la expuesta finalidad de carácter tuitivo del incapaz, la sanción de la ley habrá de tener un rigor menor que el que anteriormente vimos en el supuesto de incapacidad de derecho. En el presente, el acto realizado por el incapaz también será nulo, pero de nulidad relativa. Resulta razonable tal solución, habida cuenta de que estando establecida la incapacidad en protección del incapaz de hecho, nada impide que resultándole el acto beneficioso, éste sea confirmado por su representante legal, o por él mismo cuando desaparezca la causa de la incapacidad.”*²¹⁵ Esta solución, nos parece apropiada, creemos que la nulidad relativa, por las características que le son propias es la que debe corresponder ya que así, el acto afectado de nulidad relativa permitiría la convalidación mediante la ratificación que del mismo pudiera hacer el representante legal del incapaz; a su vez, como la incapacidad de ejercicio no busca la tutela del interés público, sino más bien del particular, y consiste básicamente en la protección del incapaz; la acción de nulidad que resultare del mismo, sólo la podría invocar el propio incapaz por medio de su representante legal.

En éste mismo sentido, Jorge Sánchez-Cordero considera que distinto a las incapacidades de goce, las incapacidades de ejercicio son incapacidades de protección y por ende engendran una nulidad de protección que es la nulidad relativa y precisa: *“Las incapacidades de ejercicio son incapacidades de protección. Este carácter de protección se traduce en la sanción civil que la ley adscribe a los actos de los incapaces: nulidad relativa, que es una nulidad de protección.”*²¹⁶ En ésta dirección, Carlos Santiago Nino estima que las consecuencias ante la incapacidad de ejercicio deben ser la nulidad relativa.²¹⁷

Además de la consecuencia de nulidad relativa, otros efectos de la incapacidad de ejercicio, –considera Montero Duhalt–²¹⁸ consisten en: a) Determinar quiénes son

²¹⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *op. cit.*, p. 43

²¹⁵ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 403

²¹⁶ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al ...*, *op. cit.* p. 123

²¹⁷ Relativo a las consecuencias ante la incapacidad de goce o de ejercicio Santiago Nino escribe: “La extensión y los efectos de la nulidad dependen de que la incapacidad sea de derecho o de hecho y, en este último caso, que sea absoluta o relativa.” NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 219

²¹⁸ “Antes que nada la incapacidad debe ser declarada judicialmente. Y Persigue cuatro efectos fundamentales en derecho –según Montero Duhalt– son: 1º Declarar quienes son incapaces, o sea, determinar las personas que no pueden actuar por sí mismos. 2º Imponer la sanción de invalidez a los efectos de los actos efectuados por los incapaces. En nuestro derecho la incapacidad de las partes es causa de nulidad relativa. 3º Dotar a los

incapaces de ejercicio, identificando a las personas que no pueden actuar por sí mismos; b) dotar a los incapaces de ejercicio de representantes que pueden actuar en su nombre; y c) proteger tanto a la persona y los bienes de los incapaces de obrar por medio de las instituciones idóneas, tal es el caso de las instituciones jurídicas de la patria potestad y la tutela.

Las situaciones de incapacidad de ejercicio que no se funden en la minoría de edad, tienen un sistema de protección con el que se pretende la salvaguarda de los intereses tanto personales como patrimoniales del incapaz de ejercicio; nos referimos al *estado de interdicción*; eventualidad que crea para proteger a mayores de edad que por circunstancias personales carecen de aptitud para discernir sobre la trascendencia de sus acciones. Estos sujetos pueden ser sometidos a un Procedimiento Judicial de *Estado de Interdicción*, en el cual, el Juez de lo Civil decretará la incapacidad de ejercicio de la persona, y en esa misma resolución le designará un tutor, quien lo representará en los actos y relaciones jurídicas en los que participe.

3.3.3. Efectos de las sentencias sobre incapacidad

¿Constituyen cosa juzgada las sentencias pronunciadas en un juicio de incapacidad, cuando ya no admiten recurso alguno? Se considera que, como no obedecen a situaciones de carácter permanente, sino que, por su propia índole varían de momento a momento, no podrían por ese motivo constituir cosa juzgada.²¹⁹ Lo mismo ocurre en resoluciones que tienen que ver con alimentos ya que la situación tanto del acreedor o del deudor alimentario, de un momento a otro podrían cambiar, por ejemplo que las posibilidades del deudor alimentario se limiten, o en el peor de los casos que ya no tenga posibilidades para brindar alimentos; o del lado del acreedor, si sus necesidades alimentarias aumentan o disminuyen, o bien dejan de tenerse; todo lo anterior, puede también provocar la intervención del juez a fin de que modifique la resolución o providencia que con anterioridad había pronunciado. Paloma García-Lubén, sobre el particular considera que *"esta variación sobre el alcance y límites de la incapacitación, no es contraria a la esencia de la cosa juzgada, sino que es consecuencia de los límites temporales a que ésta se encuentra sometida, y encuentra su fundamento en la especial naturaleza de los procesos sobre la capacidad de las personas."*²²⁰

En resumen, las resoluciones judiciales sobre la incapacidad no son cosa juzgada pues obedecen a situaciones temporales que pueden variar de un momento a

incapaces de representantes que pueden actuar en su nombre.^{4º} Proteger la persona y los bienes de los incapaces por medio de las instituciones idóneas." MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 844

²¹⁹ Se entiende por cosa juzgada la autoridad y fuerza que la ley le atribuye a la sentencia ejecutoria; es decir, es la verdad legal, y contra ella no se admite prueba o recurso alguno. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "Aplicabilidad de la eficacia reflejada de la Cosa Juzgada", *Anales de Jurisprudencia*, Número 234, pp. 189-198, *IIJ-UNAM*, México, 1998, p. 191.

²²⁰ GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, "Algunas consideraciones en torno a los procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación", *Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Volumen I, págs.1-19, año 2003, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003, p. 2

otro; por lo que la resolución que sobre el particular se emita, no podría considerarse inmodificable, ya que una nueva situación de hecho podría ameritar la modificación de un estatus actual.

Cuando la situación que llevó a decretar la incapacidad de ejercicio cambia, de manera permanente, es cuando amerita el que se promueva el procedimiento para que el juez declare que se ha recobrado la capacidad de ejercicio. Por ejemplo, cuando se trata de un “sordomudo que no sabe leer y escribir” y posteriormente tiene la forma de darse a entender o pueda expresarse por diferentes formas, o cuando se recupera la lucidez, para el caso de los enfermos mentales. Se exige la intervención del Estado, ya que es una garantía que se brinda, tanto al incapaz, como para la propia sociedad. La recuperación no debe ser efímera, sino que ha de ser permanente.²²¹

3.3.4. Grados de incapacidad de ejercicio.

En los menores de edad, la incapacidad de ejercicio presenta grados. Es incapacidad absoluta o total cuando el menor no ha sido emancipado; sin embargo, la emancipación hace salir parcialmente al menor de su incapacidad, ya que su capacidad de ejercicio no es plena, es semi plena.²²² En este tenor, los grados de incapacidad de ejercicio según Rafael Rojina Villegas son cuatro:²²³

1.- El *ser concebido aún no nacido* respecto del cual existe necesariamente la representación de la madre, y a veces también del padre. Para los únicos casos que la ley permite capacidad de goce son para herencias, legados y donaciones. Sus representantes que mencionamos, harán valer sus derechos si fuere menester.

2.- Desde *el nacimiento hasta la emancipación*; estos menores tienen incapacidad natural y legal (total); necesitan siempre de un representante para contratar, comparecer en juicio; excepto la administración de bienes adquiridos por su propio trabajo.

3.- *Los menores emancipados*; tienen incapacidad de ejercicio parcial, por tanto tienen semi-capacidad. Mientras sean menores de edad requieren de la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles; y un tutor para asuntos

²²¹ “No pueden considerarse como causa de reintegración o modificación de la incapacidad (judicialmente decretada) los casos de recuperación transitoria de lucidez, aptos para la realización de determinados actos jurídicos, como el testamento. Sólo los supuestos de restablecimiento total del estado normal del sujeto, o de modificación parcial pero permanente, ... pueden ser causa de iniciación de un procedimiento de reintegración de la capacidad o de modificación de la incapacidad ya declarada.” *Ibidem*. p. 4

²²² GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “Capacidad”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II*, C-Ch, UNAM, México, 1984, p. 38

²²³ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*, PORRÚA, México, 1987, p. 165.

judiciales; necesitan el consentimiento de sus padres o tutores para contraer matrimonio. El primer caso se refiere a asistencia judicial, no representación judicial.

4.- Los *mayores de edad privados de inteligencia* (sujetos a interdicción); generalmente su incapacidad es total; requieren por tanto de representante; para actos de dominio además autorización judicial. Para los actos jurídico-familiares (matrimonios, reconocimientos, adopción) no puede haber representación. En épocas de lucidez, pueden otorgar testamento.

3.3.5. Incapacidad Absoluta y Relativa (Derecho argentino).

Este criterio de clasificación es el considerar a la incapacidad de ejercicio como absoluta y relativa. Cabe aclarar en primer término que éste criterio de clasificación se aplica únicamente para las *incapacidades de ejercicio*,²²⁴ pues las incapacidades de goce no tienen *sub clasificaciones*, la incapacidad de derecho, siempre sería relativa; jamás podría ser absoluta, porque importaría la inexistencia de personalidad.²²⁵

La incapacidad de hecho podrá ser:

- Absoluta cuando el sujeto no puede ejercer por sí mismo ningún derecho tal y como lo sería el caso de los menores impúberes o de los dementes; para ellos existe la representación.
- Relativa, cuando sólo está restringido el ejercicio por sí de algunos derechos. Como lo considera Borda, únicamente carecen de aptitud para algunos actos (tal sería el caso del emancipado que ya tiene capacidad de ejercicio casi plena, no cuando se trate de enajenar inmuebles, o para comparecer a juicio)

Esta diferencia se inspira en Freitas (Esboco, arts. 41 y 42 y s.), ya no tiene razón de ser en el actual derecho argentino, es inexacto que los llamados incapaces absolutos enumerados en el artículo 54, lo sean para todos los actos civiles.²²⁶ Es inútil también, ya que habiendo incapacidades de ejercicio, sea del tipo que fueren, estamos ante situaciones de nulidad relativa, por lo que el distingo resulta intrascendente.

Estos criterios de clasificación carecen realmente de utilidad; así lo consideran Guillermo Borda y Atilio Anibal Alterini,²²⁷ quien considera que no responde a la realidad de las situaciones. Igual que Borda consideramos, ya que la incapacidad

²²⁴ “Las incapacidades de derecho siempre son relativas, o sea, corresponden a relaciones jurídicas determinadas. De otro modo —si pudieran ser absolutas— la esencia misma de la personalidad resultaría negada, ... La incapacidad de hecho, en cambio, puede ser absoluta, porque siempre resulta suplible por representación.” ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 204

²²⁵ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 239

²²⁶ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 233

²²⁷ ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 205

absoluta de ejercicio, realmente no existe, en el caso del derecho mexicano, tenemos a los que en teoría serían los incapaces absolutos –por ejemplo– los menores de edad; sin embargo, por excepción, la ley les considera aptos para realizar ciertos actos jurídicos como por ejemplo, el testamento público abierto, para el cual basta tener 16 años; lo mismo pudiera decirse en el caso de los *dementes* cuya situación ha sido decretada por una sentencia judicial de estado de interdicción, pero la excepción sería que en el caso de lucidez, la ley les permite realizar testamento.

3.4. Características de la capacidad e incapacidad.

Del estudio de las obras de Ignacio Galindo Garfias, Atilio Alterini, Manuel Chávez Ascencio, Julio César Rivera, Sara Montero Duhalt, Guillermo Borda y Leopoldo Peralta, juristas que han abordado el tema de las características de la capacidad, a través del análisis respectivo, a manera de síntesis lo grafico en la siguiente tabla que más adelante será explicada.

Características de la capacidad	Características de la incapacidad
<i>Múltiple</i>	<i>Múltiple</i>
<i>Diversificada</i>	<i>Diversificada</i>
<i>Concreta</i>	<i>Concreta</i>
<i>Es una cualidad de la persona</i>	<i>Es una cualidad de la persona</i>
<i>Es de orden público</i>	<i>Puede ser de orden público o de orden privado</i>
<i>Es la regla</i>	<i>Es la excepción</i>
<i>Pueden renunciarse los derechos que sólo atañen a particulares, no los que atañen al orden público.</i>	<i>Son de carácter taxativo No pueden modificarse por voluntad de los particulares</i>
<i>Admiten interpretación extensiva y analógica en favor de la mayor capacidad</i>	<i>Son de carácter restrictivo, no admiten interpretación extensiva, ni analógica</i>
<i>Los sujetos poseen capacidad de derecho u de hecho, excepto los casos que la ley así lo prescribe.</i>	<i>Cada incapaz ya de titularidad o de obrar, sólo lo son en la dimensión fijada en la ley.</i>
<i>Se presume</i>	<i>Debe probarse</i>
<i>Es graduable ya que no todos los capaces tienen el mismo grado de capacidad</i>	<i>Es graduable no todos los incapaces lo son en la misma medida,</i>

Según Ignacio Galindo Garfias,²²⁸ la capacidad es múltiple, diversificada y concreta. Este autor, considera estas como características que le sirven para para distinguir a la capacidad jurídica de la personalidad, que por el contrario, *es única, indivisible y abstracta*. En efecto, en base a las preconcebidas características no se puede tener más o menos personalidad; la personalidad es un concepto abstracto, la capacidad es la concreción de la personalidad.

²²⁸ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. op. cit.*, p.307.

Las señaladas características de la capacidad, también se aplican para la incapacidad, pues comparten la misma naturaleza pero en su aspecto negativo. En primer lugar, la capacidad es múltiple ya que se manifiesta de muchas maneras, la primera de ellas sería señalar que hay una capacidad de goce, y otra de ejercicio, a su vez la de ejercicio puede ser total o parcial; luego, porque quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples –*públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin*– y en un buen número de ocasiones excluyentes unos de otros;²²⁹ es diversificada, entendiendo diversificada en oposición a lo indivisible de la personalidad, la capacidad es diversificada porque varía de persona a persona, la capacidad de una persona no es igual a la de otra, se puede tener capacidad para una cosa, pero puede ser que para otra no se tenga, por ejemplo un juez podrá tener capacidad para adquirir un automóvil, pero no la tendrá, si ese automóvil será rematado en el tribunal donde ejerce sus funciones judiciales; es concreta en el sentido de que no es abstracta como la personalidad sí lo es; la capacidad es concreta, porque se tiene para realizar tal o cual acto jurídico de manera particular, habida cuenta de que no se confiere para realizar todos los actos jurídicos habidos y por haber, sino sólo determinados actos jurídicos en función de circunstancias específicas de la propia persona, apareciendo la capacidad como regla, y la incapacidad por excepción.

Otra característica estriba en considerar que tanto la capacidad como la incapacidad son *una cualidad* inherente a la persona que la distingue de las demás, es un atributo que necesariamente tiene la persona.²³⁰

La capacidad sea del tipo que sea, obedece a cuestiones de orden público, ya que es un atributo inherente a la calidad de persona, por lo que se considera que es un reconocimiento que debe tenerse por cuestiones de orden público;²³¹ en cambio, la

²²⁹ MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 828

²³⁰ *Las características de la capacidad –señala Montero Duhalt– son: La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción y debe ser consagrada en la ley. Cada incapaz, de derecho o de hecho, lo es únicamente en la medida establecida en la ley. No puede extenderse por analogía a otros supuestos no previstos. La capacidad y la incapacidad son cualidades de las personas. Es graduable, no todos los incapaces lo son en la misma medida, a menor incapacidad, mayor capacidad. La incapacidad puede ser total o parcial. Total sólo respecto a la de ejercicio, la incapacidad total de goce implicaría la negación de la persona, por lo que la incapacidad de goce sólo puede ser parcial. La incapacidad de goce sólo puede ser parcial; la de ejercicio puede ser total (los declarados en estado de interdicción) o parcial (por ejemplo los emancipados). Ibidem, p. 833 y ss.*

²³¹ Es de *orden público*, por lo que es ajena a la posibilidad de modificaciones por la voluntad de los sujetos... Resulta lógico que así sea, por cuanto la capacidad —a más de hacer a la esencia de la persona— implica también una forma de regulación de las relaciones jurídicas, sustentada esencialmente en el resguardo de la moral y de la buena fe a través de la protección del incapaz o de la propia sociedad, según se trate de atender a las incapacidades de hecho o de derecho. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 394

incapacidad puede obedecer también a cuestiones de orden privado. La incapacidad de goce se basa en la tutela del orden público; la incapacidad de ejercicio tutela cuestiones de orden privado, básicamente la protección del incapaz.

La capacidad se presume porque es la regla general; mientras que las incapacidades al ser la excepción, deben ser probadas. El orden jurídico parte de la regla general de considerar a **toda persona capaz**, salvo los casos en que de manera especial señale la propia norma jurídica. “*Las incapacidades, –señala Borda–, son excepcionales. La regla es la capacidad...*”²³² así, según éste autor, sólo en casos especiales el ordenamiento jurídico determina incapacidades de goce a manera de prohibiciones que además, deben ser definidas con toda precisión y exactitud. ¿Cuál es el alcance de esta regla? Se aplica tanto a una como a otra incapacidad, vale decir, para la de goce y para la de ejercicio. Leopoldo Peralta Mariscal señala que el principio que sostiene “*la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción*”,²³³ se aplica tanto a la capacidad de hecho como de derecho.

Como consecuencia de lo anterior, las incapacidades *son de carácter taxativo* ya que no pueden modificarse por voluntad de los particulares; *son de carácter restrictivo*²³⁴ pues no admiten interpretación extensiva, ni analógica; y además, cada incapacidad ya sea de goce o de ejercicio, sólo se tendrá en *la medida que la ley establezca*. En éste mismo rumbo Raúl Tavalori en relación a la jurisprudencia chilena, expone que las incapacidades son de estricto derecho ya que no pueden hacerse extensivas por analogía: “Las incapacidades no pueden hacerse extensivas, por analogía, a otros casos no contemplados por el legislador en la disposición excepcional, porque ello pugnaría con el principio de la capacidad, que es la norma. Las disposiciones relativas a la capacidad, especialmente aquella que la erige como norma que no admite más excepciones que las consagradas en el texto legal expreso, constituyen principios básicos del ordenamiento jurídico, sujetos a estricta observancia.”²³⁵

La *capacidad se presume; la incapacidad debe probarse*; por tanto, quien afirme que su parte contraria es incapaz, tendrá necesidad jurídica de probar su afirmación –*carga de la prueba*–, por tanto deberá demostrar las circunstancias previstas por la norma, para así poder derivar esa incapacidad; no al contrario ya que existe la presunción *iuris tantum* de capacidad.

²³² BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 231

²³³ Cfr. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 236

²³⁴ “*las incapacidades legales son taxativas, no pudiendo hacerse interpretaciones extensivas ni analógicas de ellas; por el contrario, la interpretación de la incapacidad debe tener siempre carácter restrictivo, debiendo estarse -ante la duda- a favor de la existencia de capacidad.*” *Ibidem*, p. 236.

²³⁵ TAVALORI OLIVEROS, Raúl, *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 801

Tanto la capacidad como la incapacidad son graduables,²³⁶ a mayor capacidad, menor incapacidad y viceversa. Así por ejemplo, el nasciturus tiene una capacidad muy limitada y además condicionada a la viabilidad; cuando es menor de edad avanzamos a otro nivel o grado de capacidad; cuando el menor de edad se emancipa llega a otro grado de capacidad; lo mismo sucede cuando se llega a la mayoría de edad.

En cuanto a las características que distinguen a las incapacidades, también elaboramos la siguiente tabla en la que resaltamos las comparaciones

Características de las Incapacidades de ejercicio ²³⁷	Características de las Incapacidades de goce
1. Se fundan en circunstancias personales del sujeto que no puede actuar por sí mismo sus propias facultades.	1. Se fundan en el interés público
2. Son suplibles por representación	2. No son suplibles
3. La incapacidad está prevista en beneficio del incapaz de hecho.	3. Se confieren en beneficio de la sociedad
4. Pueden ser invocadas sólo por el incapaz o su representante	4. Pueden ser invocadas por todo quien tenga interés jurídico
4. Pueden ser absolutas (total) o relativas (parcial).	4. No pueden ser absolutas o totales
5. Son naturales y legales	5. Son legales y además excepcionales, por lo que deben ser muy precisas y concretas.
6. Obedecen al interés particular del incapaz de ejercicio.	6. Obedecen siempre a una causa grave, las incapacidades de derecho serán de orden público ²³⁸

²³⁶ Como características comunes a las incapacidades Leopoldo Peralta considera: “Todas las incapacidades, sean de hecho o de derecho, tienen caracteres comunes, algunos de los cuales ya han sido perfilados en las reglas precedentes: a) sólo pueden ser impuestas por la ley; b) son de interpretación restrictiva por lo que, ante la duda, debe estarse a favor de la capacidad; c) son susceptibles de grados.” PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 237

²³⁷ En cuanto a las incapacidades de ejercicio Alterini escribe: “Las incapacidades de hecho: 1. Se fundan en circunstancias personales del sujeto que no puede actuar por sí mismo sus propias facultades. 2. Son suplibles por representación, desde que “los incapaces [de hecho] pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley” (art. 56, Cód. Civ.). 3. La incapacidad está prevista en beneficio del incapaz de hecho, de manera que, para realizar un acto válido, su capacidad puede integrarse con la intervención del representante. 4. En los términos literales del Código Civil pueden ser absolutas o relativas.” ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 205

²³⁸ Como características de la incapacidad de goce –señala Borda– “ b) Obedecen siempre a una causa grave. Sólo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es menester que medie siempre un interés superior o una razón de moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público; como consecuencia de ello, la realización de un acto por un incapaz de derecho da origen a una nulidad absoluta y, por lo tanto, no susceptible de confirmación. Pero ésta

Mientras que la incapacidad de ejercicio se basa en circunstancias individuales de la persona; el que no pueda actuar por sí mismo en función de circunstancias biosicológicas que inciden en la propia persona; las de goce, en cambio, se basan en el interés público.

Las incapacidades de ejercicio son suplibles, ya que los incapaces de ejercicio podrán realizar válidamente actos jurídicos por medio de sus representantes; en cambio, quienes tengan incapacidad jurídica o de goce, no podrán hacerlo ni por sí, ni por medio de representantes; por lo tanto, no son suplibles.

La incapacidad de ejercicio se encuentra establecida en beneficio del incapaz, de allí que sólo el incapaz o su representante puedan invocarla; la incapacidad de goce, en cambio puede ser invocada por toda aquella persona que tenga un interés jurídico, ya que esta incapacidad se establece en función del orden público.

La incapacidad de ejercicio pueden ser naturales y legales; tal es el caso de los menores de edad, o quienes están sujetos a un estado de interdicción; las incapacidades de goce, sólo legales, y las tendremos cuando para tutelar el orden público, el legislador de manera excepcional las previene, por lo que, deben ser además muy precisas y concretas.

Por último, las incapacidades de goce no pueden ser totales o absolutas, ya que si así fuera, ni siquiera existiría la persona; las de ejercicio podrán ser totales (cuando el incapaz no pueda realizar ningún acto jurídico, por ejemplo un recién nacido) o parciales (cuando el incapaz por su propio derecho, puede realizar algunos actos jurídicos y otros no, por ejemplo los menores de edad emancipados).

3.5. Figuras limítrofes en materia de incapacidad.

El jurista mexicano Ramón Sánchez Medal así las llama, y de manera particular refiere tres figuras a saber: *la capacidad para contratar, la formalidad habilitante, y la legitimación para contratar de la siguiente manera:*²³⁹

a) **La capacidad para contratar**, es una subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato ya que la *regla general* es que todos los *sujetos de derecho* pueden convenir, *salvo los exceptuados expresamente por la ley*. En esas hipótesis excepcionales están *los mayores de edad* que por razones de inteligencia anormal no puedan gobernarse y por ende contratar; así como los *menores de edad*.

no es una regla absoluta, porque a veces dichas incapacidades obedecen a la protección de intereses puramente privados y, por consiguiente, la nulidad derivada del acto puede confirmarse." BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 231

²³⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.* p. 49 y ss.

b) **La formalidad habilitante**, es una autorización o *permiso que un sujeto capaz debe obtener de una autoridad judicial o administrativa*, para la celebración de un determinado contrato. Por ejemplo el caso de un menor emancipado que pretende vender un inmueble tiene que obtener autorización judicial; o la del extranjero que requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir un inmueble fuera de la faja prohibida. *“La falta de una o de otro, en su caso, hace que el contrato esté afectado de nulidad relativa, ya que el contrato produce sus efectos y deja de hacerlo hasta que se pronuncie la nulidad”*.²⁴⁰

c) **La legitimación para contratar** es la facultad reconocida por la ley en una determinada persona para celebrar un contrato determinado. Lo contrario, la falta de legitimación para contratar produce en el contrato la nulidad absoluta, ya que se trata de normas prohibitivas, ya que se limita a personas determinadas para celebrar actos también determinados. Se encuentran los casos de extranjeros para adquirir el dominio directo de tierras o aguas en la faja prohibida; los magistrados, jueces y demás empleados públicos para adquirir bienes o derechos sobre ellos, en relación a los negocios en que intervengan; las adquisiciones de los tutores o administradores en relación a los bienes administrados; los representantes, mandatarios, corredores y empleados públicos en la adquisición de los bienes de cuya venta o administración estén encargados.

De lo anterior tenemos que:

1º La capacidad para contratar la tienen todas aquellas personas que tienen tanto capacidad de goce como de ejercicio, y éstos pueden obrar según les convenga, por su propio derecho, o por medio de sus representantes voluntarios, tal sería el caso de sus mandatarios o apoderados.

2º La forma habilitante se traduce en una autorización o permiso que por razones de orden público así estimadas por el legislador, son exigidas para la celebración *-validez del acto-*, por tanto, el celebrarlo en contravención a las dichas leyes, nos situaría en la ilicitud que se sanciona con una nulidad que por regla general es absoluta.

3º Por último, la legitimación para contratar no tiene sustento, *lo que debemos resaltar es el aspecto negativo* que corresponde a la misma, es decir, lo que deberíamos detectar es, si en su caso falta la legitimación para obrar, por no cumplirse las condiciones especiales que en su caso la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitarlos; por ende, partiendo del principio de libertad de acción sabemos que no es necesario que la ley faculte a un gobernado “sujeto determinado” para realizar tal o cual acto jurídico, sino que dado el principio

²⁴⁰ *Idem.* p. 49

de libertad de acción, teniendo tanto capacidad *de titularidad* como *de obrar* partimos de que se tendrá legitimación para contratar, *siempre que la ley no nos sitúe en un caso de excepción*, vale decir, falta de legitimación para obrar.

Reconocemos que hay una línea muy tenue entre incapacidad de goce y falta de legitimación para obrar. El autor en comento confunde los casos de falta de legitimación para obrar con incapacidades de goce. Todos los casos que antes ha referido como falta de legitimación, realmente corresponden a incapacidades de goce, que por tratarse de normas prohibitivas en caso de contravención se estaría conculcando el orden público, por lo que su consecuencia deberá ser la nulidad absoluta.

Alberto Pacheco, confunde también la incapacidad de goce con la falta de legitimación y señala: "La posibilidad concreta que la ley otorga a un individuo concreto de realizar un acto concreto. Para estar legitimado, no se necesita ser capaz sino solamente que la ley autorice a ese sujeto a realizar ese acto o negocio jurídico... Existe una norma práctica para poder distinguir los casos de incapacidad de los casos de falta de legitimación. El incapaz, que por su misma incapacidad no puede actuar por sí mismo, puede realizar el negocio jurídico a través de un representante; en cambio, el que no tiene legitimación, no puede actuar ni por sí ni por un representante, pues el acto mismo es lo que está prohibido para él y en relación con ese acto, está falto de legitimación. En cambio, en caso de incapacidad, no está prohibido el acto en sí mismo para ese sujeto, sino sólo está prohibido que lo realice él sin la intervención y cooperación de su representante."²⁴¹ En efecto, el supuesto que el autor plantea como falta de legitimación, realmente corresponde a una incapacidad de goce, que es la prohibición o impedimento absoluto a determinada persona para realizar un determinado acto. La legitimación para obrar es un *extra (exigencia adicional)* a la capacidad de obrar; esto se clarifica con la situación del cónyuge que está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, para enajenar bienes de la sociedad, aunque tenga *plena capacidad*, carece de legitimación para enajenar los bienes que la conformen mientras no obtenga la autorización o permiso del otro cónyuge para enajenar la cosa común.

Consideramos que el lado positivo, es decir la legitimación para obrar, no lo podemos entender sin el negativo *–la falta de legitimación para obrar–* y estimamos que se confunde la incapacidad de ejercicio con la falta de legitimación. Al respecto hacemos las siguientes consideraciones:

1º Toda persona tiene capacidad por regla general, salvo los casos de excepción. Las excepciones son: a *la capacidad de ejercicio* los menores de edad, y quienes ameriten ser declarados en estado de interdicción y se haya decretado, o bien,

²⁴¹ PACHECO E., Alberto, *Persona en el derecho civil mexicano*, op. cit. p. 140

aunque ameritándolo estar en ese estado, hayan contratado, pero en estos casos deberá acreditarse que en el momento de la celebración del acto jurídico se encontraban en la situación que ameritaba dicha declaración de interdicción; *para las capacidades de goce*, cuando la norma jurídica a una persona determinada no le confiera el derecho para determinados actos jurídicos, por ejemplo los casos señalados en el artículo 27 o del artículo 130 de la Constitución Política mexicana. Por lo tanto, si soy propietario de un bien, *gozo* del derecho de propiedad sobre el mismo, y por ende puedo usarlo, disfrutar de él, y jurídicamente disponer de él; y si además soy mayor de edad, y estoy sujeto a un estado de interdicción, tengo *capacidad de ejercicio* y también *legitimación* ya que en el caso concreto existe la posibilidad de que yo realice la venta de ese bien concreto, a una persona concreta, pero sobre todo, porque *no hay ningún impedimento legal o condición especial* que el derecho me imponga para el acto que pretendo realizar; así entonces es que *estoy legitimado* ya sea para enajenarlo, arrendarlo, usufructuarlo, gravarlo; mas sin embargo, si estuviera casado bajo el régimen de *sociedad conyugal*, habría un *elemento negativo* ya que entonces *carecería de legitimación* para obrar, porque la ley para ese acto jurídico en particular y en relación a ese bien en particular, me impone una condición especial, si es que pretendo enajenarlo o hipotecarlo, requiero de la aprobación de mi cónyuge.

2º A pesar de que en ocasiones la ley lo hace, dado el principio de libertad de acción, no es estrictamente necesario que el orden jurídico positivo determine los actos jurídicos o conductas que los gobernados pueden realizar, dado el principio que establece que *“los particulares podrán hacer todo aquello que la ley no les prohíba”*, por ello es que, habiendo normas permisivas que relaciones a personas determinadas para determinados actos, equivalen a una legitimación, pero lo mismo se obtiene si es que el orden jurídico positivo no estableciera ninguna condición especial o prohibición.

3º Quien tiene legitimación para obrar, es porque además cuenta con capacidad de ejercicio y de goce. Pues la legitimación para obrar, es un plus a la capacidad de ejercicio; se traduce *en que no existan condiciones especiales para la celebración del acto en específico*. Por ello para estar legitimado, por supuesto que se necesita ser capaz, porque además, cuando la ley autoriza a un sujeto a realizar un negocio jurídico específico, equivale a una capacidad, ya que por excepción, lo considera apto o idóneo para tener tal o cual derecho, y en ocasiones también para ejercitarlo. En suma, quien *“simplemente tenga falta de legitimación para obrar”* es porque de inicio posee las capacidades de goce y de ejercicio, más sin embargo, es necesario que se cumplan determinadas condiciones o requisitos especiales que la ley exige para que pueda realizarse el acto en particular.

4º Cuando el derecho *incapacita para el ejercicio* de derechos a una categoría de sujetos, y de manera excepcional los habilita, ello equivale a una capacitación especial para tal o cual acto, ya de manera excepcional les está permitiendo su

ejercicio. Por ejemplo, el caso de los menores de edad para hacer su testamento público abierto, si han cumplido 16 años la ley les permite realizarlo; por lo que, no es que sólo estén legitimados para hacerlo, sino que además gozan de ese derecho ya que el derecho los considera idóneos o aptos para ello, y además para ejercerlo.

5º El incapaz de goce, no tiene tales o cuales derechos, por lo que al carecer de ellos por no ser considerado apto o idóneo, no los puede hacer valer ni por sí, ni por interpósita persona; en cambio, si se tiene la capacidad solamente de goce, necesariamente deberá obrar por medio de su representante; y por último, quien tiene capacidad de ejercicio, podrá actuar por sí o por medio de representante; por último, quien no tiene legitimación, no puede actuar ni por sí ni por un representante.

Vale la pena también referir a las figuras de la *inhabilitación* y la *incapacidad no declarada* a las que Sánchez Medal califica como situaciones intermedias que contempla el Código Civil italiano, y no el mexicano.

“1ª La inhabilitación, previo dictamen pericial el juez, en casos de demencia habitual (pero no suficientemente grave para dar lugar a la interdicción), o en los casos de prodigalidad, o de personas que por el abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes expongan a sí mismas o a su familia a graves perjuicios económicos, o del sordomudo y ciego de nacimiento que no hubiere recibido educación suficiente, en cuyos supuestos la persona “inhabilitada” pierde únicamente su capacidad para realizar actos que excedan de la administración ordinaria. (415 CC italiano)

2ª La “*incapacidad no declarada*” para pedir la declaración judicial de nulidad de actos realizados por una persona que no haya sido declarada en estado de interdicción, pero en los que se prueba: a) que estaba ella por cualquier causa, incluso de carácter transitorio, en incapacidad de entender o de querer en el momento en que se realizó esos actos, b) que tales actos produjeron un grave perjuicio a dicha persona, y c) que ese perjuicio resultó de la mala fe del otro contratante. (450 CC italiano)”²⁴²

En efecto, ni el Código Civil Federal ni el particular para el Estado de Guanajuato, reconocen de manera especial éstas figuras.

En cuanto a la primera figura “*inhabilitación*” ¿qué debemos entender por demencia habitual no grave para declarar a una persona en estado de interdicción? Creo que en primer lugar se aplicaría a las personas que no tienen una plena lucidez habitual, ellos serían unos *semi-capaces*, o *semi-incapaces*, como se prefiera; por lo que cuando éstas personas realizan actos de menor u ordinaria importancia o trascendencia desde el punto de vista económico *-tal y como comprar un refresco o un dulce, una prenda*

²⁴² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.* p. 51.

de vestir-, como consecuencia jurídica no ameritarían la nulidad, *-a menos que demuestre que se causa un perjuicio económico grande-*; por ende, todos los actos jurídicos que realice el sujeto y quepan dentro del concepto de *administración ordinaria* –concepto que creemos que debería variar en cada caso porque sería en función de las circunstancias socioeconómicas de cada persona–. Por otro lado, la actual legislación mexicana no considera a la *prodigalidad* como causa de incapacidad de ejercicio; empero, sí lo hace en relación a quienes habitualmente abusan de las *bebidas alcohólicas o estupefacientes* al grado que ya no se dan cuenta de sus actos, lo cual desde la óptica de las leyes mexicanas es motivo para solicitar la incapacidad de dichas personas. En caso del *sordomudo y ciego de nacimiento* que no hubiere recibido educación suficiente, nuestra legislación doméstica no lo expresa en esos términos, sino que reconoce que sólo son incapaces los “*sordomudos cuando además no saben leer ni escribir*”, aunque en esencia, a pesar de no emplear la expresión “ciego de nacimiento” consideramos que se refiere a la misma situación, es decir, a sujetos que no pueden gobernarse al no darse cuenta de sus actos *por no poder ni siquiera comunicarse*.

Sobre la incapacidad no declarada, amén de que no impide la legislación mexicana ejercitar la acción de nulidad en los referidos casos, el único problema que se suscitara sería de tipo procesal probatorio; si no se tiene la declaración judicial de incapacidad previo a la contratación del incapaz; deberá demostrarse que en el momento en que se realizó el contrato estaba incapacitado para entender. Considero que la reglamentación especial que hace la legislación italiana viene a dar certeza a las partes al señalar puntualmente los supuestos que la motivan.

3.6. La representación como forma de suplir incapacidades

Jurídicamente, la representación es una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, gracias a ella éstos pueden contratar y exigir de manera válida sus derechos y satisfacer eficazmente sus obligaciones.²⁴³

La *representación*, palabra que conforme a la Real Academia Española deriva del latín *representatĭo, -ōnis*, en cuya acepción apropiada “6. f. *Der. Derecho de una persona a ocupar, para la sucesión en una herencia o mayorazgo, el lugar de otra persona difunta;*” a su vez representación proviene del verbo representar “*deriva del latín representare significa 6. tr. Sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad, empresa, etc.*”²⁴⁴ La idea que subyace del significado general de representación, es la sustitución de una persona por otra haciendo sus veces, desempeñando sus funciones.

²⁴³ Cfr. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, McGRAW-HILL, México, 2002, p. 169

²⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 1951

En el contexto jurídico la representación ha sido definida por Hernán Larrín como: “un acto jurídico unilateral, en virtud del cual una persona confiere poder a otra para representarla.”²⁴⁵ Gallegos Pérez la define diciendo: “La representación es el acto por el cual una persona dotada de poder, y llamada representante, obra a nombre y cuenta de su representada.”²⁴⁶ Bejarano Sánchez precisa que la representación es una figura jurídica que “consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante) repercutan y surtan efectos de derecho en la esfera jurídica de otro sujeto (llamado representado) como si éste último los hubiera realizado, y no afectan para nada la del representante, el cual queda ajeno a la relación de derecho engendrada por su acción.”²⁴⁷ Javier Tapia señala que representación “es actuar a nombre de otro o sustituirlo en acciones que le competen”.²⁴⁸

Nosotros partiremos de la concepción de Ernesto Gutiérrez y González entendida como el medio que establece la ley (representación legal) o del que dispone una persona que tiene capacidad de ejercicio (representación voluntaria) para que, a través de la intervención de otra persona (representante), se puedan obtener los mismos efectos jurídicos, como si hubiere contratado válidamente el capaz de ejercicio (representado) para el primer caso, o el incapaz de ejercicio (representado) para el segundo.²⁴⁹ Esta idea de la representación nos parece apropiada por su extensión, ya que comprende dos tipos de representación; la legal, que como su nombre lo indica, no nace del querer de los particulares, sino que es implantada por el ordenamiento jurídico; y la voluntaria, que como su denominación lo sugiere, nace del querer de los sujetos.

El supuesto de hecho en que descansa ésta institución jurídica señala Antonio Pérez Martín “La complejidad de la vida económica y la diversidad de intereses de una misma persona exigen a veces la presencia de ésta a un mismo tiempo en diversos lugares, lo cual es humanamente imposible. Otras veces, motivos de enfermedad o de distancias nos impiden estar allí donde se llevan a cabo acciones de nuestro interés. Es posible también que para la defensa y promoción de nuestros intereses en determinadas circunstancias más que nuestra presencia física sea preferible la presencia de otra persona, que conozca bien las circunstancias o nos represente defendiendo nuestros intereses.”²⁵⁰ De lo que colegimos que la representación es útil ya que permite actuar a una persona simultáneamente y en

²⁴⁵ LARRÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 380

²⁴⁶ GALLEGOS PÉREZ, Nidia del Carmen, *Teoría del Hecho y del Acto Jurídico, aplicada al Derecho Familiar*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2006, p. 135

²⁴⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁸ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 169

²⁴⁹ Ernesto Gutiérrez y González la define como: “el medio que establece la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz.” Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 426

²⁵⁰ PÉREZ MARTÍN, Antonio, “Mandato y Representación en el Derecho Histórico”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, No. 12, 1, 1994, pp. 206-266, p. 205.

lugares distintos, por parte del representado se da la ubicuidad y también permite emplear de la pericia o destrezas ajenas para contratos propios del representado; por parte del representante, en caso de representación legal, permite dar vida por éste medio a la capacidad de ejercicio de quienes la tiene limitada. A través de ella se obtiene una doble ventaja: “permite que los incapaces de ejercicio realicen actos jurídicos, y permite también que los capaces contraten y realicen simultáneamente múltiples actos sin estar presentes en forma material, pero sí jurídica”.²⁵¹

La naturaleza jurídica de la representación, según lo describe Galindo Garfias “reside en el ejercicio por el representante, de los derechos del representado. Y esto en lo que se refiere tanto a la representación contractual o convencional, y en lo que respecta a la representación legal conferida por la ley.”²⁵² Lo anterior implica el efecto más importante de la representación y es, que los actos ejecutados por el representante, jurídicamente son como si los hubiera celebrado el representado; esto es, afectan la esfera jurídica del representado, surten efectos jurídicos obligando al representado; por lo que el representado es parte en el contrato y no un tercero, a diferencia del representante que en relación al acto de representación no es parte sino tercero.

Los principios en que se sustenta la representación según Rafael de Pina, son los siguientes:²⁵³

- a) Ninguna persona puede contratar a nombre de otra si no está legalmente autorizado por ésta.
- b) El que está facultado legalmente puede contratar a nombre de otra si legalmente está autorizado por ésta.
- c) Todo contrato celebrado por una persona que no esté legalmente facultada por quien pretenda representar, estarán afectados de nulidad, salvo que la persona en cuyo nombre se haya celebrado lo ratifique antes de la retractación de la otra parte contratante.
- d) Si la persona que fue representada sin su consentimiento no ratifica el contrato, el falso representante responderá ante el otro contratante por los daños y perjuicios que haya acarreado por su indebida representación.

Para poder determinar la relación que guarda la capacidad con la representación, será de suma utilidad determinar algunos criterios de clasificación de ésta última figura ya que de ellos derivaremos algunos operadores que serán de utilidad para establecer diferencias entre las diversas instituciones representativas del derecho civil; entre ellas tenemos las siguientes clases: Legal, voluntaria, judicial, oficiosa, orgánica, directa o indirecta, necesaria y facultativa,

²⁵¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 426 y 427

²⁵² GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Representación, Mandato y Poder”, *Revista de Derecho Privado, Nueva Época*, Año. 1., núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 13-22, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 16

²⁵³ PINA, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, 1977, p. 274 y 275.

Representación Legal.- Ésta proviene de la ley, es impuesta por ésta, y se presenta cuando una persona incapaz de ejercicio, o que se encuentra ausente, es representada por otra. La ley señala quienes son éstos representantes. Por ejemplo los casos de la patria potestad, tutela, en las sociedades (el órgano administrativo); en las sucesiones es el albacea, que entre otras atribuciones tiene la representación de la sucesión.

Representación Voluntaria.- Cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación. Por ejemplo el poder o el contrato de mandato representativo. Esta tiene como presupuesto la capacidad de ejercicio, y se basa en la manifestación de la voluntad a través de la expedición de un poder o mandato, los cuales podrán ser, por regla general revocables.

Representación Judicial.- Judicial, es decretada por el juzgador para la tutela de determinados sujetos o intereses. Verbigracia: el interventor, el albacea provisional, el tutor dativo (en defecto del tutor testamentario y del tutor legítimo).

Representación Oficiosa.- Es el caso de la gestión de negocios. “Es cuando una persona atiende un acto o negocio jurídico ajeno y debe conducirse como si fuera propio, obrando en beneficio de los intereses del dueño.”²⁵⁴

Es **Representación directa** cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una *relación directa e inmediata entre representado y tercero*, como en el caso del poder y la tutela.

Es **Representación indirecta**, cuando actúa una persona *en nombre propio y por cuenta de otra*, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, ejemplo el mandato, prestación de servicios, asociación en participación.

Representación necesaria.- Jorge Barrera Graf, equipara ésta representación con la legal, ya que se impone por voluntad del legislador, de allí, que los incapaces de ejercicio necesariamente deben actuar por medio de sus representantes señalados por la ley.

Representación facultativa.-²⁵⁵ Barrera Graf, equipara ésta representación con la voluntaria, ya que proviene de libre potestad del representado.

²⁵⁴ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 172

²⁵⁵ Representación necesaria o facultativa. Barrera Graf, así la refiere, identificándose la primera con la representación legal, y la segunda como voluntaria. BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en el Derecho Privado. La representación de Sociedades*, IIJ-UNAM, 1957, p. 27

Por último, se llama **Representación orgánica**, necesaria o estatutaria, en el caso de personas jurídicas colectivas. La doctrina moderna, para evitar confusiones, prefiere hablar de órganos representativos y no de mandatarios.

De lo previamente expuesto, podemos observar que existe confusión en el empleo terminológico entre las figuras del *mandato y representación*; entre las de *representación y poder*; y, entre las de *poder y mandato* que estimamos importante aclarar, para con posterioridad poder determinar en relación a las incapacidades cual o cuales de éstas figuras pueden aplicarse a las incapacidades.

A nivel conceptual, con anterioridad ha sido señalado el concepto de representación. En lo tocante a los otros conceptos, por *poder* entendemos al acto jurídico unilateral por el que el poderdante, faculta al apoderado, para que actúe en su nombre es decir, en su representación. El poder es una especie como forma de representación cuya fuente es un acto unilateral de voluntad; en cambio el mandato es un a convención entre mandante y mandatario, donde éste último se compromete ante el primero a realizar por cuenta del mandante, los actos jurídicos por él encomendados. El mandato también puede ser una especie de representación cuando el mandatario actúa por cuenta y en nombre del mandante (mandato representativo) y tiene como fuente al contrato. Tratándose del mandato Gutiérrez y González, indica con toda precisión que en el Derecho Mexicano, el mandato sirve exclusivamente para la realización de actos jurídicos por parte del mandatario, sin embargo, es importante saber que no es así en todos los sistemas legislativos, como en el derecho alemán, en el que el mandato se refiere a toda clase de conductas.²⁵⁶

En cuanto a la confusión entre *mandato y representación* tenemos lo que el jurista español Antonio Pérez escribe: “La doctrina jurídica ha elaborado la teoría de la representación, según la cual el mandatario actúa en representación del mandante.”²⁵⁷ Otros la confunden con el poder o apoderamiento, el jurista venezolano Roberto Goldschmidt escribe “En los primeros códigos latinos, el mandato se caracterizó por el poder de representación del mandatario, o sea, por su facultad de poder obligar por sus actos al mandante frente a terceros, así el artículo 1,984, Código Civil Francés. Durante la segunda mitad del siglo pasado, la doctrina, a partir de Lebland, llegó a distinguir entre representación y mandato”²⁵⁸ Aludiendo a España, se considera que “el contrato de mandato tal y como hoy suele desarrollarse en la vida real, va unido a la representación directa”;²⁵⁹ sin embargo, expone que a lo largo de la historia no siempre ha sido así. De lo que podemos advertir, que si bien, en un momento se asemejaron de tal modo que se entendieron como si se tratara de

²⁵⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 433 y 434

²⁵⁷ PÉREZ MARTÍN, Antonio, op. cit., p. 205

²⁵⁸ GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 206

²⁵⁹ PÉREZ MARTÍN, Antonio, op. cit., p. 207

lo mismo; sin embargo, por la evolución referida, debemos entender que hoy en día no son lo mismo.

Si bien es cierto que las tres figuras (representación, poder y mandato) “pueden” compartir una característica esencial esencia, que es la representación misma, como lo refiere Barrera Graf: “En toda relación representativa, tanto en la voluntaria, como en la legal o no voluntaria, o sea, la impuesta por una norma de derecho positivo (patria potestad, tutela, sindicatura, albaceazgo, etcétera), son dos notas esenciales que la caracterizan, a saber: que el representante obre a nombre del representado, y que el acto o el negocio que aquél célebre como representante, le sea ajeno por corresponder o pertenecer al representado;” ²⁶⁰ *también lo es*, que tienen marcadas diferencias.

En cuanto a equivocación entre los conceptos de *representación y mandato* se refiere, cabría cuestionar: *¿todo mandato es por esencia representativo? ¿todo acto de representación implica al mandato?* Creemos que no, es decir, el mandato no es esencialmente representativo; ya que existe la posibilidad de la representación indirecta como previamente se ha explicado, así mismo, el mandato no es el único acto que puede ser representativo, el poder es otro acto que es representativo; entonces, a la representación debemos tenerla como la institución genérica que, podrá tener como su fuente a la misma ley o a la voluntad de la persona (para el caso del poder), o la voluntad de las partes (para el caso del contrato de mandato); por ende, entre mandato y representación no hay relación de dependencia, ya que puede haber mandatos sin representación, y de igual manera, la representación puede haberla sin necesidad de recurrir al mandato.²⁶¹ En este mismo rumbo, Arturo Alessandri considera que la representación es independiente del mandato ya que éste puede existir sin que haya representación, y a la inversa, puede haber representación sin mandato.²⁶²

Ahora, en lo referente a *la representación y el poder*, es más cercana la similitud ya que en materia de poderes, no pueden éstos sino ser representativos; mientras que el mandato puede ser no representativo, ésta posibilidad no se tiene en materia de poderes, ya que éstos necesariamente son representativos. El poder nace de la voluntad de un solo sujeto llamado poderdante; la representación no precisa, por fuerza, provenir de la voluntad de una o más personas, ya que puede ser impuesta por la ley. Galindo Garfias subraya otra distinción entre ambas figuras y señala: “la distinción que existe técnicamente entre la representación y el poder consiste en que mientras la representación es simplemente la sustitución de la voluntad del representado por la del representante, el poder en cambio es el acto de

²⁶⁰ BARRERA GRAF, Jorge, *op. cit.*, p. 25

²⁶¹ Cfr. LARRÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil, op. cit.*, p. 380

²⁶² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 399

ejercicio que fija la extensión y límites de las facultades conferidas al representante ... En suma, el poder o poderes conferidos por el representado al representante precisa sus características, los límites y extensión, así como la naturaleza de esas facultades de que se encuentra investido el representante.”²⁶³

Por último, la diferencia fundamental entre *el poder y mandato* es su fuente; uno nace del contrato y otro tiene como pilar la declaración unilateral de voluntad. Mandato y otorgamiento de poder son conceptos distintos, el primero nace de una relación contractual; el segundo de la mera voluntad unilateral de quien lo otorga.²⁶⁴ Otra diferencia sería que el mandato es una orden ya que en virtud del acuerdo previo por la aceptación, el mandatario resulta obligado a actuar; en cambio el poder es una potestad o facultad. En ésta dirección tenemos: “La distinción es de interés ya que si se considera que el otorgamiento de poder es un acto unilateral, el representante podrá o no hacer uso de esa facultad de representar; si es un acto bilateral, un mandato, el representante contrae la obligación de cumplir el encargo.”²⁶⁵

MANDATO

PODER

Su fuente es un contrato	Es una Declaración unilateral de voluntad.
El mandato por esencia no es representativo. (En Guanajuato sí)	Su objeto son obligaciones de hacer; es decir, la representación en forma abstracta y autónoma.
Es una orden; por tanto, el mandatario está obligado.	Es una potestad; por tanto, el apoderado está facultado
(En sus orígenes) se confirió para un solo acto, o varios actos concretos.	(En sus orígenes) se confirió para un número indeterminado de actos.
* En él se ejecutan actos jurídicos	*En él no necesariamente es así, éste es amplio a una diversidad de actos

¿Qué relación guarda la incapacidad con la representación? ¿Todas las incapacidades válidamente pueden ser suplidas con la representación?

Tocante a la primera cuestión, la representación tiene una estrecha relación con la incapacidad, hay quienes la califican como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, ya que mediante ella estos incapaces pueden contratar válidamente, cumplir y exigir sus derechos y obligaciones. Sin embargo, debemos

²⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Representación, Mandato y Poder”, *op. cit.*, p. 20

²⁶⁴ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*, Tomo II, *op. cit.*, p. 399

²⁶⁵ LEÓN HURTADO, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 198

deslindar los límites que se establecen en ésta materia; en principio la posibilidad de representación está restringida en tratándose de actos personalísimos, como en el testamento y el reconocimiento de hijos, verbigracia.

En relación a la interrogante si *¿todas las incapacidades válidamente pueden ser suplidas con la representación?* Para ello, lo que primariamente se debe determinar, es el tipo de incapacidad que se actualiza, es decir, si se está ante una incapacidad de goce, o si es una incapacidad de ejercicio.

Los casos considerados como incapacidades de goce son insalvables, no hay forma de suplir las incapacidades de éste tipo; por lo que, en ellos válidamente no cabe hablar de representación; no cabría ésta posibilidad –de representación–, ya que en principio, si no se goza de un derecho, no puede por razón lógica disponerse del mismo, *ni por sí, ni por medio de representante*; sin embargo, en tratándose de los incapaces de ejercicio, la única opción que tienen de contratación válida será por medio de sus representantes legales. En efecto, en “la incapacidad de hecho (ejercicio), –considera Leopoldo Peralta– se suple a través de la representación. Como es una incapacidad de ejercicio, existe otro sujeto –obviamente con plena capacidad de hecho– que ejerce, en representación del incapaz, los derechos de éste. Como la incapacidad de derecho hace a la titularidad –y no al ejercicio– de los derechos, la misma es fatal; no hay forma de suplirla.”²⁶⁶ En suma, las simplemente incapacidades de ejercicio, no corren con la misma suerte que las de goce, ya que éstos casos, los incapaces de ejercicio son personas a las que no se les considera aptas para poder participar en la vida jurídica *realizando por ellos mismos determinados actos jurídicos*, porque la ley así lo ha decidido –tomando en consideración *sus circunstancias personales* que los pondrían en una desventaja bio-psicológica–; entonces, éstos sujetos, para aspirar a la existencia perfecta de los actos jurídicos en que intervengan, la manera a través de la que pueden válidamente contratar, es por *medio de sus representantes legales*,²⁶⁷ ya que de otra forma, no serían válidos pues tales contratos estarían afectados de nulidad.

Por último, otro de los puntos que resulta importante exponer, en tratándose de la representación, *¿Quién es el que debe ser capaz?* El representante o el representado. “De seguirse la teoría de Savigny, –señala el Dr. Vial– por ejemplo, habría que concluir que sólo el representado debe ser capaz, requisito que no tendría que cumplir el representante, pues éste participa en el acto o contrato como un mero mensajero de aquél.”²⁶⁸ Sin embargo la solución no es tan simple, creemos que se debe precisar el tipo de representación a la que nos estamos enfrentando, es decir, si es representación legal o

²⁶⁶ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238

²⁶⁷ “El contrato no puede ser celebrado por incapaces de hecho aunque puede ser celebrado a través de sus representantes legales, por ejemplo los menores de edad, los dementes.” ESBORRAZ, David F., “Comentarios de los artículos 1323 a 1433 y 1485 a 1492”, *op. cit.*, p. 162

²⁶⁸ Vid, VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 311

representación voluntaria, deslindando a la vez la persona del representado y la capacidad del representante.

1. En cuanto a la capacidad del “representado”:

a) *En la representación legal*, el “representado” es normalmente *un incapaz de ejercicio* (por ejemplo un menor de edad o un sujeto declarado en estado de interdicción) quien, precisamente por carecer de voluntad o por no tenerla suficiente, requiere de un representante legal. Por ello es que la ley la impone, de allí su nombre “representación legal”; por ejemplo, a un menor de edad, en virtud del ejercicio de la patria potestad, lo representan legalmente sus padres porque así lo determina la ley.

b) *En la representación voluntaria* el “representado” es una persona con capacidad plena, pues la capacidad de ejercicio, es un requisito para la plena eficacia del acto representativo, como pudiera serlo un poder o un mandato. Si el representado fuere incapaz de ejercicio, el mandato o poder de representación no sería válido. Por ejemplo, que un alto funcionario público, quisiera comprar un inmueble en Cancún, y debido a sus múltiples ocupaciones de funcionario del Estado, le impiden que pueda hacerlo en persona; entonces, recurre a las figuras ya sea del poder o mandato. Un menor de edad, en cambio, no podría otorgar un Poder, o celebrar un contrato de mandato representativo; si esto así fuera, nos llevaría a una situación de nulidad. Las personas morales obran por medio de sus órganos que son personas físicas que tienen capacidad plena.

2. En cuanto a la *capacidad del “representante”*

a) *En la representación legal*, el “representante” debe ser una persona capaz de ejercicio. Como ejemplo para mayor comprensión y como complemento del anterior punto (1.a)). Si el padre estuviera sujeto a un estado de interdicción, aunque la ley le imponga la representación legal, al estar incapacitado para el ejercicio de sus derechos, las consecuencias jurídicas a las que nos conduciría, serían las de la invalidez del contrato que se hubiera celebrado en esas condiciones.

b) *En la representación voluntaria*, el “representante” que tiene la calidad de mandatario o apoderado, puede ser incapaz de goce, pero no de ejercicio. Basta con que el mandatario tenga juicio y discernimiento suficiente para que obligue al mandante con respecto de terceros. Como complemento al ejemplo puesto en el punto (2.b)). Si el alto funcionario público, a quien le otorga mandato para que en su nombre y cuenta el mandatario compre el inmueble en Cancún, si el mandatario o apoderado, persona de su entera confianza es un negociador de nacionalidad norteamericana que reside legalmente en el país, no habría impedimento alguno para la celebración de dicho contrato, ya que el extranjero no adquiere para sí; resultará

por tanto indistinto que el mandatario sea mexicano o no.²⁶⁹ Si el extranjero pretendiera adquirir para sí el referido inmueble, estaríamos ante un caso de incapacidad de goce, ya que existe un impedimento absoluto en el artículo 27 de la Ley Fundamental Mexicana.

3.7. Capacidad y legitimación

En el *derecho público*, en el *procesal* y en el *privado* hemos observado el término “**legitimación**” con distintos significados. En el campo del derecho público tiene una significación: “*el poder público carece de legitimación para ...*”, “*para que las decisiones del parlamento tengan legitimación, es menester que ...*”; en el caso del derecho privado tiene otros significados, por ejemplo, *la legitimación como institución del derecho de familia para los hijos habidos fuera de matrimonio cuando posteriormente contraen matrimonio sus padres* “, o bien cuando se dice: *dos hermanos carecen de legitimación para celebrar entre sí el acto jurídico del matrimonio*”; también se ha empleado esa expresión en la doctrina procesal, con una significación muy distinta a las anteriores “*X está legitimado en la causa, Y en el proceso*”, “*opongo la excepción de falta de legitimación activa y pasiva en la presente causa*”; por ello, dentro de la ciencia jurídica el término legitimación es anfibológico, polisémico, por lo que debemos darle el significado que resulta apropiado para el presente trabajo.

Sobre algunas de las acepciones de legitimación Carlos Natarén señala de manera especial dos de las que hemos referido la sustantiva y la procesal o adjetiva como la llamaremos. Al respecto escribe: “*Una acepción de la legitimación es como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso; unos aseverando que la legitimación no es condición de la acción; y otros que sí lo es. Otra acepción de legitimación es la de los que reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan que pueda existir la primera sin que exista la última.*”²⁷⁰ En base a las ideas anteriores, la primera de las acepciones, esto es, como titularidad del derecho o relación jurídica sustancial alude a la acepción sustantiva; en la adjetiva se entiende como la condición de la acción, cuyo presupuesto es la titularidad del derecho; aunque otros más estiman que no es menester la titularidad del derecho sustancial para estar legitimado en el proceso; es decir, que el derecho de acción es indistinto de la titularidad del derecho sustancial, ya que el derecho de acción es autónomo, pues es la simple potestad de la persona para acudir a los órganos jurisdiccionales.

Para responder ésta última situación deberá precisarse si la acción es un derecho autónomo del derecho que se reclama, o es un derecho que está

²⁶⁹ *Idem.*

²⁷⁰ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., “Contradicción de tesis. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 6/2003”, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, No. 21, La legitimación procesal del Procurador fiscal de la Federación en el juicio de amparo*, IIJ-UNAM y SCJN, México, 2007, p. 68

necesariamente condicionado por considerarse dependiente del derecho que se reclama.

Nicolás Coviello la aprecia como un derecho dependiente pues señala que “ninguno podría ver en ella una entidad distinta del derecho; constituye un elemento del mismo, forma parte de su contenido, pero nada más. Tan cierto es esto, que algunos han hecho derivar el nacimiento de la acción de la violación del derecho... la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta: por tanto, ni siquiera entonces puede verse en ella un nuevo derecho”.²⁷¹ Para **Hugo Rocco**, la acción es “el derecho de cada ciudadano, como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho, se llama derecho de acción”.²⁷² Según García Máynez sus características son las siguientes: Es un derecho subjetivo público, correlativo de la obligación jurisdiccional; es relativo, porque corresponde a una obligación del Estado, representado por sus órganos; abstracto, porque puede ser ejercitado por cualquier persona, aun sin derecho material que hacer valer; no es un derecho a obtener un fallo favorable; sino meramente a obtener un fallo.²⁷³ Por último, **Giuseppe Chiovenda** hace un estudio de la acción diciendo que se presenta “...el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley...como un derecho con el cual, no cumplida la realización de una voluntad concreta de ley mediante la prestación del obligado, se obtiene la realización de aquella voluntad por otro camino, es decir, mediante el proceso”.²⁷⁴ La concibe como una especie de derecho potestativo,²⁷⁵ “como todos los derechos potestativos, la acción es un poder puramente ideal, es decir, el poder de producir determinados efectos jurídicos (actuación de la ley). Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se pretende, y no requiere ninguna acción física, sino aquella que es necesaria para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que sea actuada la ley (demanda judicial)”.²⁷⁶ Sin embargo, el error que comete Chiovenda, como lo puntualiza García Máynez, consiste en atribuir al derecho de acción, el que la obligación correlativa sea del demandado, y no del estado como realmente sucede.

Nosotros nos adherimos a la postura tradicional y generalmente aceptada de la acción es, considerarla como un derecho autónomo; y es resumida de manera muy concreta por García Máynez, en los siguientes términos: “el derecho de acción es un

²⁷¹ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción de Felipe de J. Tena, Editorial Hispano-Americana, México, 1938, p. 538.

²⁷² ROCCO, Hugo, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Felipe de Jesús Tena, Porrúa Hermanos, México, 1938, p. 152

²⁷³ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004, p. 233.

²⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Jorge A. Martínez Jiménez, México, OXFORD, 2004, p. 10.

²⁷⁵ Entendido el derecho potestativo como aquellos que constituyen un Poder jurídico, como lo Refiere García Máynez. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 213. Como derechos subjetivos.

²⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, op cit., p. 15.

derecho diferente e independiente del derecho a la prestación, pues hay ocasiones en que existe la acción sin el derecho material, o a viceversa; el derecho de acción es correlativo al deber estatal denominado obligación jurisdiccional; y, el derecho de acción es público, los derechos materiales son generalmente de carácter privado."²⁷⁷ Es el mero derecho subjetivo de acudir a los órganos jurisdiccionales para motivar su intervención cumpliendo los presupuestos procesales, independiente del derecho a la prestación demandada, el juez en la sentencia determinará si se tiene o no derecho a la prestación.

Para los efectos de nuestro trabajo, prescindiremos del primer significado, es decir alcance que se le ha dado en el derecho público, enfocándonos, por tanto, al que se le ha dado en el ***derecho privado en materia sustantiva*** por lo que haremos la distinción, si es que la hay, entre las expresiones "capacidad" y "legitimación". Por otro lado, hay quienes consideran que la "capacidad procesal" es lo que se llama legitimación, y puede darse en dos vertientes: en la causa y en el proceso. Lo mismo se habla de una legitimación activa y de una pasiva; por ello, dado la naturaleza de la presente investigación en la que se involucran tanto aspectos de carácter sustancial como procesal, estimamos también necesario hacer un estudio del significado de la legitimación en ésta última, es decir, en materia adjetiva.

3.7.1 La capacidad y la legitimación en materia sustantiva.

Rojina Villegas precisa que "en la ejecución de actos de dominio no basta tener la capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate."²⁷⁸ Es decir, se podrá tener capacidad de goce y de ejercicio, pero cuando a pesar de tenerlas, la ley exija requisitos o condiciones especiales para la plena validez del acto, estaremos ante lo que la doctrina ha llamado "**legitimación**" o "**poder de disposición**". En éste mismo rumbo Francesco Messineo aclara que "no se debe confundir con la capacidad jurídica -que es una cualidad del sujeto- el poder jurídico de disponer (o poder de disposición) -que es una relación del sujeto con un derecho subjetivo-, aunque a veces la terminología de la ley parezca autorizar la asimilación de ambos conceptos."²⁷⁹

En el ámbito sustantivo, sobre capacidad y legitimación Guillermo Borda estima que la capacidad es general, y la legitimación lo es para determinados actos. "Capacidad es, como se ha explicado, una aptitud general para disponer de derechos y contraer obligaciones; así, toda persona mayor de edad no interdicta ni inhabilitada es capaz de comprar, vender, donar, celebrar contratos ... Legitimación es un concepto vecino pero más circunscripto: es el poder de ejercer determinados y concretos derechos y obligaciones. Así, por ejemplo, el único legitimado para vender un departamento, es su propietario. Yo puedo tener capacidad para vender, pero si

²⁷⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 233.

²⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, T. I, op. cit., p. 450

²⁷⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, op. cit., p. 104

no soy el propietario de un determinado bien, no puedo venderlo, es decir, no tengo legitimación para hacerlo.”²⁸⁰ Se considera a la legitimación en palabras de Sánchez Medal, como “*las condiciones especiales que la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos*”²⁸¹

Gisela Pérez Fuentes considera que la “*legitimación es la consideración especial que otorga la ley dentro de cada relación jurídica, a las personas que se hallan en un determinado vínculo con el objeto de dicha relación.*”²⁸² Así, la legitimación es una especie de capacidad especial para una relación jurídica especial, sería algo así como la capacidad del caso concreto (dentro de una relación jurídica). Julio Rivera, concibe a la legitimación como la cualidad para poder de manera particular adquirir derechos, contraer obligaciones o disponer de objetos concretos; en sus *Instituciones de Derecho Civil* señala: “*se recurre a la idea de legitimación, definida como la aptitud atribuida o integrada por la ley, o por la voluntad, para adquirir derechos, contraer obligaciones o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro o por otro (Alterini, J. H.). Por ejemplo para disponer de un bien de la sociedad conyugal, el propietario del inmueble no puede venderlo o hipotecarlo si no es con la conformidad de su cónyuge. Esto no quiere decir que sea un incapaz de derecho, sino que respecto de ese bien, en el que está radicado el hogar conyugal existiendo hijos menores o incapaces, carece de legitimación completa para disponer. Esa legitimación se integra con la conformidad del cónyuge.*”²⁸³ En la misma vertiente Leopoldo Peralta Mariscal refiere el caso de falta de legitimación.²⁸⁴ Jorge Llambías estima que la *capacidad* es una aptitud genérica del sujeto; mientras que la *legitimación* es la aptitud específica para el acto concreto que se analiza. “Así una persona mayor de edad tiene *capacidad* para pagar una deuda a su acreedor, pero *carece de legitimación* si se le ha notificado el embargo del crédito para que se abstenga de pagar en manos

²⁸⁰ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 234 y ss.

²⁸¹ “No debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación en general, consistente éste en las condiciones especiales que la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos... es un caso de legitimación y no de capacidad la que se presenta con los menores que sean peritos en una profesión o actividad con respecto a los contratos relacionados con ellas ... Así mismo, están legitimados para contratar los menores cuando lo hacen respecto de bienes que han adquirido ellos con el producto de su propio trabajo.” SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.* p. 47

²⁸² PÉREZ FUENTES, Gisela, “Nuevo enfoque de la Persona en el Derecho Civil”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 5, Marzo de 1992, pp. 69-78, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992, p. 71.

²⁸³ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 395.

²⁸⁴ “Algunos autores distinguen la idea de capacidad de la de legitimación. Así, se ha definido a la legitimación como la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro, o por otro (Alterini). También se dijo que es la aptitud o el poder que la ley otorga al sujeto capaz de derecho para disponer o ejercer frente a terceros un derecho del que puede ser titular o no (Rivera). Un ejemplo arrojará luz sobre el punto: una persona mayor de edad, que no tiene ninguna incapacidad de hecho y que es titular de un inmueble adquirido durante el matrimonio, no puede disponer de él sin la conformidad de su cónyuge (art. 1277). Nuestro sujeto tiene capacidad de hecho y de derecho, pero carece de legitimación para disponer sin el asentimiento de su cónyuge.” PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. 1, *Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 241.

del acreedor y proceda a consignar el pago a la orden del juez.”²⁸⁵ Anahí Malicki considera en relación al derecho argentino²⁸⁶ el caso de los actos otorgados por sujetos que, si bien tienen capacidad, carecen de poder o legitimación, como una inaptitud para actos concretos y en ellos considera algunos actos de menores emancipados, la de los inhabilitados, la de los representantes de los incapaces que en los casos que requieren autorización judicial contratan sin haberla obtenido, y concluye derivando que la consecuencia jurídica ante tales actos es la nulidad.

Sobre la capacidad y la legitimación, el concepto de capacidad alude a una actitud intrínseca; como si fuera una competencia objetiva o abstracta; mientras que la legitimación, pudiéramos decir, que es una competencia subjetiva ya que es concreta y se infiere por la posición que una persona determinada tiene en relación de un acto también determinado, sería algo así, valga la expresión, “la capacidad para un acto concreto”. Las juristas argentinas Graciela Medina e Irene Woof consideran que la legitimación “... es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto del acto, diferenciándose de la capacidad, que expresa una actitud intrínseca del sujeto, mientras que aquélla se refiere directamente a la relación jurídica y sólo a través de ella a los sujetos... La legitimación consiste en la competencia del sujeto para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses perseguida, competencia que, a su vez, deriva de la específica posición del sujeto respecto de los intereses que se trata de regular.”²⁸⁷ También sobre la capacidad de ejercicio y legitimación, de manera similar Antonio Vodanovic, expresa “...excepcionalmente existen determinados actos que un sujeto plenamente capaz, por diversas razones, no puede efectuar. En estas hipótesis se dice que carece de legitimación para obrar.”²⁸⁸ Por ende, considera que no basta la plena capacidad, refiriéndose con ello a la capacidad de ejercicio; por ello, no obstante, que el sujeto tenga plena capacidad jurídica, y, a pesar de ello jurídicamente no puede efectuar un acto en particular, no habrá entonces *legitimación*.

Con un alcance muy similar al anterior, Manuel Albadalejo deslinda los alcances entre la *capacidad de obrar* o de ejercicio y *legitimación*.²⁸⁹ La primera

²⁸⁵ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, *op. cit.*, p. 290

²⁸⁶ “El segundo supuesto que contempla el artículo 1042 es el de **los actos otorgados por sujetos que, si bien tienen capacidad, carecen de poder o legitimación**. Es decir, no tienen por sí mismos aptitud específica para el acto concreto que realizan, requiriendo para poder celebrarlo válidamente la pertinente autorización judicial, del representante legal, o de la persona que la ley habilite al efecto. Quedan comprendidos en esta categoría los menores emancipados, inhabilitados, representantes de los incapaces que obran sin autorización judicial cuando la requieren. Y sus consecuencias son de nulidad relativa.” MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *op. cit.*, p. 751

²⁸⁷ MEDINA, Graciela, y HOOFF, Irene, “Comentarios del artículo 944”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, *Hechos y Actos Jurídicos*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 300.

²⁸⁸ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. I, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 222

²⁸⁹ “La capacidad de obrar como aptitud para celebrar actos jurídicos, no basta por sí sola para poder realizar válidamente todo acto del tipo que se trate y para el que se es capaz. Hace falta además –como un plus sobre la capacidad de obrar– que al sujeto le sea posible realizar ese acto singular y concreto frente al que está. A ésta

queda como bien sabemos, una aptitud para celebrar actos jurídicos; pero su plus es la legitimación, pues no basta por sí sola la capacidad de ejercicio para ciertos actos a pesar que se cuenta con la capacidad de ejercicio, tendrá que estar también legitimado para el acto concreto que se pretenda; por tanto no basta tener capacidad de ejercicio, sino hay que tener la capacidad para un acto jurídico en concreto; queda entonces la legitimación como el plus de la capacidad de ejercicio, para actos singulares y concretos. Para ejercitar ciertos derechos no basta la capacidad de actuar, sino debe tenerse también la facultad para disponer de esos derechos, tener legítima disposición de los mismos. –Bejarano Sánchez aludiendo a ideas de Luigi Cariota Ferrara– escribe: “La legitimación es la específica posición de un sujeto respecto de ciertos bienes e intereses por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto a éstos. Es una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico.”²⁹⁰ En éste sentido, se considera también a la legitimación como algo adicional a la capacidad, que como bien ha sido caracterizada por Albadalejo, es un plus de la capacidad.

Cuando en relación a determinados actos jurídicos se tiene capacidad plena –de ejercicio–, pero se carece de legitimación para obrar; entonces valdría preguntar *¿Es la legitimación una incapacidad particular? ¿Es una prohibición absoluta? o ¿es un impedimento?*

Vodanovic nos presenta algunos rasgos distintivos entre capacidad de ejercicio y legitimación y señala: “La doctrina contemporánea ha puesto de relieve las diferencias que separan la capacidad de ejercicio de la legitimación. Señala que la primera es sólo una aptitud intrínseca del sujeto, al paso que la segunda es una relación de éste con el objeto del acto jurídico; que la capacidad depende de un modo de ser del sujeto en sí, mientras que la legitimación resulta de un modo de ser suyo frente a otra persona; que, en fin, la capacidad de ejercicio revela una idoneidad del sujeto para un tipo de actos, idoneidad que se mensura en relación con un grado de desarrollo psíquico general, en tanto que la legitimación considera la idoneidad para un acto singular, que se mide o valora conforme a circunstancias particulares, diversas de caso en caso.”²⁹¹ Otra diferencia importante es la que establece Jorge Llambías es en el sentido de que, la ulterior capacidad de ejercicio adquirida no equivale a una confirmación del acto, pero la posterior adquisición del poder de disposición de la que se carecía, subsana la falta de legitimación.²⁹²

posibilidad le llaman algunos, legitimación. Por ejemplo, se puede tener capacidad matrimonial, pero no es posible contraer ciertos matrimonios; así, con determinados parientes.” ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, op. cit., 2002, p. 233

²⁹⁰ CARIOTA FERRARA, Luigi, en BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, op. cit., p. 105.

²⁹¹ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. II*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 117

²⁹² la nulidad derivada de la falta de capacidad no se confirma automáticamente por la ulterior capacidad que adquiera el incapaz, sino que es menester un acto especial de confirmación; en cambio, la ineficacia por falta de legitimación queda suplida por el poder de disposición que adquiera luego el disponente. LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, op. cit., p. 290

DIFERENCIAS ENTRE CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN (Sustantiva)	
<i>La capacidad de ejercicio</i>	<i>La legitimación para obrar</i>
Es una <i>aptitud genérica</i> del sujeto	Es la <i>aptitud específica</i> para el acto concreto que se analiza
Es una <i>aptitud intrínseca</i> del sujeto	Es una <i>relación del sujeto con el objeto</i> del acto jurídico
Depende de un <i>modo de ser</i> del sujeto <i>en sí</i>	Resulta de un modo de ser suyo <i>frente a otra persona</i>
Revela una idoneidad del sujeto para un <i>tipo de actos</i> .	Considera la idoneidad para <i>un acto singular</i> ,
La idoneidad se mensura en relación con un <i>grado de desarrollo psíquico</i> general	La idoneidad se mide o valora conforme a <i>circunstancias particulares, diversas de caso en caso</i> .
Son aptitudes generales que se confieren para realizar actos jurídicos en general.	Son condiciones especiales que la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos
En la simple falta de capacidad de ejercicio, el sujeto tiene capacidad de goce, por lo que debe obrar por medio de su representante	En la falta de legitimación para obrar, el sujeto tiene capacidad de hecho y de derecho para esa categoría de actos jurídicos, pero no la tiene en relación al acto particular.
Sólo tiene como presupuesto a la capacidad de goce.	Es un plus a la capacidad de obrar.
La ulterior capacidad de ejercicio adquirida no equivale a una confirmación ni convalida el acto.	La posterior adquisición del poder de disposición de la que se carecía, subsana la falta de legitimación convalidando el acto.

De lo anterior, podemos deducir que en los casos de falta de legitimación, el sujeto tiene capacidad de hecho y de derecho para esa categoría de actos jurídicos, pero no la tiene en relación al acto particular. Consecuentemente también, desde nuestra perspectiva se estima que, si no estamos ante una norma que establezca una prohibición absoluta e insalvable, en sentido estricto no podría tratarse de una incapacidad particularmente hablando.

Lo anterior podría explicarse en el supuesto que, una persona mayor de edad que tiene el *ius conubium*, -por ejemplo-, *gozará del derecho a contraer matrimonio*, y entonces también *podrá ejercitarlo*; más sin embargo, *no* podrá hacerlo *con determinados parientes* para con los cuales exista impedimento matrimonial. Este impedimento matrimonial, *en algunos casos será grave* y por tanto “dirimente” -matrimonio entre hermano y hermana-, y en otros, simplemente impediendo por *no* ser considerado *de extrema gravedad* -matrimonio entre tía y sobrino-; por lo que, *sólo los impedimentos dirimientes* serán los que se basan en una prohibición absoluta, y de darse nos ubicarán en una *incapacidad de goce*; los simplemente impediendo, en cambio se fundan en una prohibición relativa ya que admite dispensa; y en su caso,

nos llevarán a un matrimonio ilícito, pero no nulo; éstos últimos provocan una *falta de legitimación* así, cuando estemos ante prohibiciones o impedimentos absolutos que sean realmente insalvables, estaremos ante auténticas incapacidades de goce, – recordando que para los efectos de éste trabajo las incapacidades de goce se dan en relación a determinadas personas y para actos determinados de manera especial; así que, cuando el impedimento o prohibición sea salvable, o susceptible de dispensa, o ratificable, o confirmable, y en general que pueda ser convalidado, será en estricto derecho, un caso de falta de legitimación para obrar.

Otro caso de legitimación sería verbigacia, para *la venta de un inmueble de la sociedad conyugal*, el dueño no puede enajenarlo o hipotecarlo sin la conformidad de su cónyuge, no es que no tenga capacidad de goce, sino más bien, en éste caso carece de legitimación para obrar respecto a tal bien que conforma la sociedad conyugal, y sólo con la conformidad del otro cónyuge, se estará legitimado para venderlo o hipotecarlo. En cambio, no sería un caso de falta de legitimación para obrar, sino de una auténtica *incapacidad de goce*, el hecho de que un juez o magistrado adquirieran vía adjudicación un bien en un remate público en que hayan intervenido en el ejercicio de esas atribuciones públicas de la que están investidos, o también el caso de los casos de extranjeros que no pueden adquirir el dominio directo de tierras o aguas en la faja prohibida; o en las adquisiciones por parte de los tutores o administradores respecto a los bienes de cuya administración se encarguen; o la de los representantes, mandatarios, corredores y empleados públicos para adquirir bienes de cuya venta o administración estén encargados. Estos últimos no se tratan de casos de falta de legitimación para obrar, sino de incapacidades de goce in salvables e insuperables.

3.7.2 La capacidad y legitimación en materia adjetiva.

Dentro del derecho procesal también se desarrollan los conceptos de capacidad procesal y legitimación procesal. Debemos aclarar que son conceptos que parten de la capacidad y legitimación sustantivas, pero que se desarrollan de manera especial, con las implicaciones que trae aparejadas el derecho procesal.

Para comenzar, debemos distinguir dentro de un proceso, cómo debe desarrollarse la actuación de quienes tienen tanto capacidad de goce y de ejercicio; como la de quienes tienen sólo capacidad de goce. Un menor de edad, por ejemplo, no tiene capacidad procesal, vale decir, para realizar válidamente actos jurídicos de naturaleza procesal, ya que por regla general no puede comparecer directamente a juicio; tampoco la tendría un emancipado ya que, aunque adquiere una capacidad de obrar casi plena, el derecho procesal mexicano, no lo considera apto para acudir directamente a juicio, por lo que necesita de un tutor para asuntos judiciales; así las cosas: los menores de edad, los emancipados y quienes estén sujetos a un estado de interdicción, no tienen capacidad procesal, ya que no son aptos para realizar por sí válidamente actos jurídicos procesales.

Partiremos de la relación género - especie comenzando con la capacidad procesal, para continuar posteriormente con la capacidad para ser parte, y por último tratar el tema de la legitimación yendo de las aptitudes más genéricas hasta las más concretas.

En cuanto a la importancia de la *capacidad para ser parte* y la *capacidad procesal*, han sido consideradas como bi-dimensiones de la capacidad jurídica y como las *aptitudes genéricas* para actuar válida y eficazmente en el proceso.²⁹³

3.7.2.1. La capacidad procesal

Es el concepto más amplio, se refiere todas aquellas las personas que tienen aptitud legal para realizar válidamente actos procesales, es decir, todos los que pueden válidamente producir actos jurídicos dentro de un proceso.²⁹⁴

La capacidad procesal –explica Iglesias Cabero– “La capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio, supone la capacidad para poder realizar, como demandante o como demandado, o como coadyuvante, tercero excluyente, etc, actos procesales, bien por sí mismos, o mediante representante nombrado por la propia parte.”²⁹⁵ Entonces, la capacidad procesal es la aptitud para comparecer válidamente en un juicio, es muy amplia, pues comprende a todos aquellos que sean aptos para comparecer en juicio y realizar válidamente actos procesales, incluso como *tercero coadyuvante o excluyente*. En el caso de la tercería no existe problema, ya que quien demande la tercería sea excluyente o coadyuvante, es tercero en relación al juicio primario, pero será parte en el juicio respectivo de tercería. La pregunta ahora será ¿a los peritos, testigos y demás auxiliares en la administración de justicia, se les aplican las reglas de la capacidad procesal? Ya que ellos, aunque auxiliares en la impartición de justicia, enteramente figuran como extraños en el juicio donde intervienen, es decir, no son partes. Si la capacidad procesal implicara una aptitud para ser sujeto de *relaciones jurídicas materiales*, entonces, no cabrían aquí los testigos o peritos y demás auxiliares de la administración de justicia; simplemente deberían cumplir los requisitos específicos que las leyes procesales exijan para que válidamente puedan fungir como peritos o como testigos. Pero si debemos entenderla como aptitud legal para realizar válidamente actos procesales, pues entonces, al constituir el desahogo de una prueba testimonial o pericial, actos jurídicos procesales, naturalmente que sí deben tener capacidad procesal: en suma, todos los que vayan a realizar actos

²⁹³ Mientras que la capacidad, en su doble dimensión de capacidad para ser parte y capacidad procesal, se reduce a la aptitud genérica del sujeto para actuar válida y eficazmente en el proceso.” VILLA GIL, Luis Enrique de la, et Al., *Ley del Procedimiento Laboral*, La Ley, Madrid, 2006, p. 248

²⁹⁴ ... la capacidad para ser parte y la capacidad procesal indican, en abstracto, las personas que, además de poder ser titulares de derechos y obligaciones procesales, pueden realizar actos procesales. ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, et Al., *Jurisdicción Contencioso-administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007, p. 217

²⁹⁵ IGLESIAS CABERO, Manuel, “Las partes del Proceso (capacidad, postulación y legitimación)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 28, pp.43-56, Madrid, 2001, p. 43

jurídicos procesales, bien sean las partes, los terceros, los peritos, los testigos y demás auxiliares, deberán tener capacidad procesal, que en este sentido se identifica con la capacidad de ejercicio. Sin embargo, quienes no tienen capacidad procesal y requieren la tutela judicial de un derecho, deberán acudir por medio de sus representantes legales.

De lo anterior tenemos que, por regla general, quienes tienen capacidad de ejercicio, también tienen capacidad procesal. Sobre éste asunto, escribe Gutiérrez Pérez que *“la persona que goza de capacidad procesal puede comparecer personalmente en un proceso o también puede conferir representación voluntaria designando apoderado judicial. Las demás, como los incapaces y las personas jurídicas quienes **no tienen capacidad procesal** deben comparecer por medio de representante legal.”*²⁹⁶ De lo que derivamos lo siguiente: 1º Quienes tienen capacidad de ejercicio, pueden comparecer en juicio por su propio derecho, o bien, por medio de sus representantes voluntarios, que pueden ser ya mandatarios judiciales o apoderados para pleitos y cobranzas; en cambio, 2º Quienes sólo tienen capacidad de goce, deberán hacerlo por medio de sus representantes legales, ya que los sólo capaces de goce pero incapaces de ejercicio, no tienen capacidad procesal. Así, la capacidad procesal coincide con la de ejercicio.²⁹⁷

3.7.2.2. La capacidad para ser parte.

A diferencia de la capacidad procesal que como describimos es más amplia y abstracta, la capacidad para ser parte no es sólo la aptitud para realizar válidamente actos jurídicos procesales, sino que implica además, la titularidad de los derechos materiales que se disputan en juicio; es decir, quien tiene *la capacidad de goce* en relación al derecho material cuya tutela se dirime en el proceso.

En cuanto a la capacidad para ser parte citaremos los siguientes conceptos:

Fernando Gómez de Liaño sostiene que la capacidad para ser parte es “un concepto paralelo al de la capacidad jurídica en el Derecho civil, que viene referido a la aptitud para ser titular de la acción”²⁹⁸

Por su parte *Leonardo Prieto-Castro* definía la capacidad para ser parte o capacidad jurídica procesal como “la que faculta para ser titular de derechos

²⁹⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, Benjamín, *Derecho Procesal I, Principios y Teoría General del Proceso*, Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Los Andes de Huancayo, 2006, p. 60

²⁹⁷ Refiriéndose a la capacidad procesal escribe: “Es la capacidad para comparecer como parte, válidamente, en juicio. Coincide, es el reflejo procesal de la “capacidad de obrar”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 290

²⁹⁸ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *Derecho Procesal Civil I*, Editorial Forum, Oviedo, 2000, p. 289.

procesales, para estar sometido a las cargas del proceso y para asumir las responsabilidades del mismo derivadas”.²⁹⁹

Y **Tomás Aliste Santos** cita “la capacidad para ser parte es la aptitud para ser sujeto de un proceso, asumiendo los derechos y las correlativas obligaciones del mismo.”³⁰⁰

Cuando Fernando Gómez Liaño señala que la capacidad para ser parte es un concepto paralelo al de la *capacidad jurídica* en el Derecho civil, se refiere a la capacidad de goce, y efectivamente así es, en un juicio reivindicatorio, por ejemplo, respecto de un menor que es el propietario de la cosa a reivindicar, al ser éste el titular del derecho de dominio, tiene la capacidad para ser parte, y materialmente él será el demandante; sin embargo, por su situación de incapaz de ejercicio, carecerá de capacidad procesal. La parte material será el menor; la parte formal será quien en su representación comparezca al juicio a reivindicar la cosa.

En base a los conceptos antes expuestos, extrayendo las características más representativas podemos decir que “la capacidad para ser parte” *es la aptitud para ser sujeto de un proceso como titular de la acción o de la excepción en su caso, para poder asumir los derechos, las obligaciones, las cargas y responsabilidades del proceso.*

3.7.2.3. La legitimación procesal.

Eduardo Couture precisa: “lo que el Derecho Civil llama “capacidad” (aptitud para realizar actos jurídicos válidos), en el Derecho Penal se llama “imputabilidad” (idoneidad jurídica para ser sujeto de la pena), en el derecho procesal se le llama “legitimación procesal” (la aptitud jurídica de realizar actos procesales válidos), en el derecho comercial se le llama “calidad de comerciante” (posibilidad jurídica de ejercicio del comercio), y en el Derecho Administrativo se le llama “competencia” (ámbito legítimo de las atribuciones de los gobernantes o agentes de los servicios públicos).”³⁰¹ De lo que resulta que la capacidad en el proceso se llama legitimación procesal. Creemos que la legitimación procesal debe ser algo más que la simple capacidad procesal.

En principio, de manera semejante considera Carlos Natarén que la legitimación es una especie de capacidad jurídica pero aplicada al proceso, pero va más allá al señalar que “La legitimación reviste un gran interés teórico y práctico,

²⁹⁹ PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 243

³⁰⁰ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, “Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la Ley de enjuiciamiento civil”, *Justicia Revista de Derecho Procesal*, 3-4, Noviembre de 2006, pp. 164-199, Bosch, Barcelona, 2006, p. 164

³⁰¹ COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, s/f, p. 203

porque se relaciona con las posibilidades de estimación de la acción, con el contenido de la sentencia, en algunos supuestos legales especiales, con la admisión de la demanda así como con la formulación de la relación jurídica procesal”³⁰²

Debemos tener mucho cuidado ya que capacidad procesal no se confunde con la legitimación procesal, ésta última es un *presupuesto* del derecho de acción; por ende no basta tener capacidad de ejercicio y por ende, capacidad procesal, sino que es menester el derecho a demandar una prestación específica porque se tiene la titularidad de la misma. “La legitimación se configura como un presupuesto del derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva (que no es otra cosa que el derecho a instar a los órganos jurisdiccionales la tutela de un derecho subjetivo material frente a quien lo cuestiona o se lo arroga).”³⁰³

En base a las ideas antes expuestas, la legitimación en el proceso no es la simple aptitud de realizar actos procesales válidos como lo considera Couture, sino que la legitimación procesal implica la posibilidad de estimación de la acción y que se hayan dado los presupuestos procesales para comparecer válidamente en juicio, o como lo refiere Enrique Arnaldo, es un “presupuesto de la acción”. Por ello, no debe mezclarse la capacidad procesal con la legitimación procesal, ya que podrá tenerse la primera pero no la segunda; -por ejemplo el capaz de ejercicio que sin tener el derecho material reclama el pago de pesos-; o a la inversa, tenerse la segunda y no la primera: -por ejemplo el emancipado que reclama la reivindicación de una propiedad suya-.³⁰⁴ Apreciamos que la legitimación va más allá del simple derecho a comparecer directamente en un juicio.

Alejandro Abal Oliu considera que el concepto de capacidad procesal es independiente del de la legitimación procesal, refiere que la capacidad procesal “es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza actos procesales correspondientes al tribunal, y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona ... Esta capacidad es independiente de la legitimación procesal que pueda tener ese mismo sujeto y que también constituye un requisito para que sus actos se puedan imputar al tribunal.”³⁰⁵ La capacidad procesal la relaciona a circunstancias intrínsecas a la persona que comparece en juicio para poder actuar válidamente en éste; creemos que, así como la *legitimación para obrar* sustantiva es un *plus* a la

³⁰² NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., “Contradicción de tesis. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 6/2003”, *op. cit.*, p. 67

³⁰³ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, et Al., *op. cit.*, p. 217

³⁰⁴ la legitimación procesal para realizar los actos correspondientes a un tribunal es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza los actos procesales correspondientes al tribunal en un proceso concreto, y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona...Esta legitimación procesal es totalmente independiente de la capacidad procesal, siendo fácil suponer el caso de sujetos que tienen la última y carecen de la primera y viceversa...en un proceso normalmente tienen esta legitimación en estudio varios sujetos. ABAL OLIU, Alejandro, *Derecho Procesal Tomo I, El proceso jurisdiccional, el derecho procesal y los sujetos de derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 226 y 227.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 223

capacidad de ejercicio; la *legitimación procesal* también es un *plus* a la capacidad procesal. Refiere el mismo autor que las consecuencias de la falta de capacidad procesal es que tales actos serán nulos, no susceptibles de convalidación.³⁰⁶

Basados en la idea de Enrique Arnaldo, que en nuestro concepto estimamos resulta bastante apropiado para establecer de manera clara la diferencia entre legitimación y capacidad procesal, a partir de la sentencia, si se entra o no al fondo del negocio; en efecto señala: "... la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la representación son presupuestos de la validez del proceso, sin los cuales no cabe pronunciamiento sobre el fondo ... la falta de legitimación no impedirá una sentencia sobre el fondo, si bien esta será desestimatoria de la pretensión."³⁰⁷ Si desarrollamos ésta idea, la diferencia la podemos derivar si estas figuras las observamos en función de la sentencia. Y de allí tenemos lo siguiente:

1º Si no se tiene capacidad procesal ni capacidad para ser parte, el juez estará impedido para entrar al fondo del negocio ya que éstos son presupuestos de un proceso válido;

2º Si hay capacidad procesal y capacidad para ser parte, el juez podrá entrar al fondo del negocio, y si además se tiene legitimación en la causa y el demandante acredita el derecho material el juez deberá condenar, sin que haya excepción eficaz que lo destruya, el juez deberá condenar.

3º Si hay capacidad procesal y capacidad para ser parte, el juez podrá entrar al fondo del negocio, y si además se tiene legitimación en la causa, pero por negligencia o descuido procesal no se acreditan algunos elementos esenciales de la acción ejercitada, o el demandado opone excepción eficaz, el juez deberá absolver desestimando por tanto la pretensión del actor.

Ante la pregunta ¿Qué es la legitimación procesal?³⁰⁸ Eduardo Couture refiere que "es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho. Se distinguen, siguiendo la línea paralela de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, dos tipos de legitimación: la legitimación en el derecho sustancial (*legitimatio ad causam*) y la legitimación en el proceso (*legitimatio ad processum*)."³⁰⁹ De lo que se deriva que la

³⁰⁶ los actos realizados por tal sujeto serán absoluta e irremediabilmente nulos, no susceptibles ni de convalidación ni de ratificación. *Ibidem*, p. 225

³⁰⁷ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, et Al., *op. cit.*, p. 217

³⁰⁸ Tradicionalmente, la legitimación procesal se estudia distinguiendo la legitimación *ad procesum* y la legitimación *ad causam*. SERRANO BLANCO, Ignacio, "La legitimación activa de las Comunidades Autónomas en el Recurso de Inconstitucionalidad y la Reforma de los Estatutos, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 24, mayo 2011, pp. 117-176, Valladolid, 2011, p. 122

³⁰⁹ COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, *op. cit.*, p. 208

parte formal (tiene que tener legitimación en el proceso) y la parte material (debe tener legitimación en la causa).³¹⁰

Sobre ésta legitimación Chiovenda describe: “preferimos nuestra antigua denominación de *legitimatio ad causam* (legitimación para obrar): con ésta entiéndese la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación *activa*) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación *pasiva*); mientras que con el nombre de *legitimatio ad processum* se indica la capacidad para estar en Juicio por sí o por otros.”³¹¹

Así las cosas, tiene legitimación en la causa la parte material ya que es el titular del derecho cuya tutela es pretendida en el juicio; es quien goza del derecho y quien además tiene la posibilidad de actuar en juicio por su propio derecho si es que además tiene la capacidad de ejercicio, en cuyo caso sería también parte formal; o si lo hace por medio de representante ya sea legal o voluntario, éste último será la parte formal, y para ello deberá tener legitimación en el proceso.

3.7.2.3.1 La legitimación ad causam.

Para poder operar el concepto, la denominaremos invariablemente legitimación en la causa, o legitimación material o legitimación esencial. Según Enrique Arnaldo ésta legitimación es la *auténtica legitimación* pues no hay una razón de fondo para aludir a una legitimación en el proceso. “La legitimación en sentido propio (Legitimación ad causam), ... es la aptitud de una persona, con exclusión de cualquier otra, para actuar en un proceso concreto y determinado como demandante (legitimación activa) o como demandado (legitimación pasiva) y esta cualidad viene determinada por la titularidad del derecho material cuya protección procesal se insta en el proceso, con independencia de su efectiva titularidad, pues una cosa es la existencia del derecho y otra que, en caso de existir, corresponda a quienes se presentan en el proceso como demandante o como demandado, que es lo que constituye la legitimación.”³¹²

Quien tiene esta legitimación ad causam es el titular del derecho sustancial o material, sea que éste último tenga además capacidad de ejercicio o no la tenga; cuando sucede esto último; el menor, por ser el titular del derecho sustancial es quien tiene la legitimación en la causa, y su representante en el juicio será quien tenga la otra legitimación (ad processum). La *legitimatio ad causam* –apunta Couture–, es “la legitimación en el derecho sustancial implica la titularidad del derecho que se

³¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 294

³¹¹ CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Trad. José Casáis y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1922, p. 178

³¹² ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, et Al., *op. cit.*, p. 217

cuestiona: el propietario en el juicio de reivindicación, el poseedor en la acción posesoria, al acreedor en la acción por cobro de pesos, o la víctima en la acción de responsabilidad civil. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actúe como demandado o como actor. (Activa o pasiva) Y cuando esa aptitud, esa condición de titular del derecho, recae sobre un menor o sobre un incapaz, no se modifica el concepto de legitimación en el derecho sustancial: sigue siendo titular el menor o el incapaz, cambiando solamente el legitimado en el proceso.”³¹³

La legitimación *ad causam* se determina por la norma que reglamenta la relación sustancial. Hugo Alsina precisa que “la capacidad para actuar en juicio se rige por las reglas de la capacidad de obrar; la legitimación de las partes para deducir la acción se determina por la norma que reglamenta la relación jurídica sustancial (acreedor, deudor, propietario, inquilino, etc.) ; la extinción del derecho importa la extinción de la acción, aplicándose, en tal caso, las reglas establecidas en la legislación de fondo, etc. Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del derecho comercial (contrato pruebas, acción ejecutiva, etc.).”³¹⁴

Hay ocasiones que resulta claro quién tiene la legitimación en la causa, tal y como lo han señalado Couture o Alsina (en un juicio reivindicatorio será el propietario, en una rescisión por falta del pago de rentas será el arrendador, etcétera), sin embargo, en ocasiones sólo se puede determinar si se tiene o no legitimación en la causa hasta que se entra al fondo del negocio.³¹⁵

3.7.2.3.2 La legitimación ad procesum.

A diferencia de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal que son aptitudes genéricas, “la legitimación, mira por el contrario, a un proceso concreto y determinado.”³¹⁶

Aunque hay quienes estiman que en el fondo no hay razón para hablar de una legitimación en el proceso, pues la única legitimación debería ser la legitimación en la causa “La distinción entre legitimación ad procesum y legitimación ad causam (terminología ésta de mayoritario arraigo en la doctrina procesalista y en la praxis judicial) no puede ser compartida, pues la legitimación propiamente dicha, en cuanto relación entre el sujeto y el objeto del proceso, es precisamente la legitimación ad causam, sin que quepa incorporar la categoría de legitimación ad procesum, que tiene

³¹³ COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, *op. cit.*, 209.

³¹⁴ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1956, p. 45

³¹⁵ *Legitimación ad causam* todavía habrá que analizar, entrando al fondo, si se tiene legitimación para la causa; esto es, que la ley estatal afecte al ámbito de autonomía de la recurrente. SERRANO BLANCO, Ignacio, *op. cit.*, p.124

³¹⁶ VILLA GIL, Luis Enrique de la, et Al., *op. cit.*, p. 248

que ver más propiamente con la capacidad procesal.”³¹⁷ Sin embargo, estimamos que si bien, la doctrina procesal la creó como complemento a la “auténtica legitimación”, se considera que resulta útil para el jurista por las características que de ella se pueden derivar.

Para poder operar el concepto, la denominaremos invariablemente legitimación en la el proceso, o legitimación formal o legitimación accidental. Sobre la *legitimatio ad processum* –escribe Couture– incumbe al representante legal, al que presta la asistencia, o al que da la autorización.³¹⁸ Es la parte formal, o parte en sentido procesal. A su vez, Carlos Natarén la entiende como “la aptitud para actuar válidamente en un proceso, en ejercicio de un derecho propio, o en representación de otro.”³¹⁹ O bien, en la expresión de Ignacio Serrano “la legitimación *ad procesum* supone la posibilidad misma de acceder al proceso.”³²⁰

Hugo Alsina considera que la legitimación procesal es la capacidad procesal misma, a ésta afirmación llega cuando apunta “no siempre el que puede ser parte en un proceso está habilitado para actuar por sí mismo; para ello se requiere, además, capacidad procesal (*legitimatio ad processum*) [...] La falta de capacidad procesal hace procedente una excepción, también procesal, de falta de personalidad en el actor o en el demandado, que impide la constitución de la relación procesal, porque la capacidad constituye uno de sus presupuestos.”³²¹ Nosotros en cierta parte estamos en de acuerdo, ya que por regla general, sostuvimos que quienes tienen capacidad de ejercicio, también tienen capacidad procesal. Los menores de edad no tienen capacidad procesal, aunque si son titulares del derecho sustancial que se reclama en juicio, tendrán legitimación en la causa, pero no podrán tenerla en el proceso, ya que no puede comparecer directamente a juicio; así las cosas, quien lo represente en el juicio, será la parte formal y por ende quien tenga la legitimación en el proceso.

En consonancia con Alsina, Enrico Tulio Liebman identifica a la *legitimatio ad processum* con la capacidad de ejercicio, y por ende con la capacidad procesal; y además es denominada como *legitimación formal*.³²²

La legitimación procesal –apunta Guasp–, es “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hayan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión

³¹⁷ VILLA GIL, Luis Enrique de la, et Al., *op. cit.*, p. 249

³¹⁸ COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, *op. cit.*, p. 209.

³¹⁹ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., “Contradicción de tesis. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 6/2003”, *op. cit.*, p. 68

³²⁰ SERRANO BLANCO, Ignacio, *op. cit.*, p. 122

³²¹ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 475

³²² “la capacidad procesal es una cualidad intrínseca, natural, de la persona; a ella corresponde, en el plano jurídico, la posibilidad de ejercitar válidamente los derechos procesales inherentes a la persona y, lo llama legitimación formal o *legitimatio ad processum*.” LIEBMAN, Enrico Tullio; *Manual de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídico Europa – América, Buenos Aires, 1980, p. 67.

procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso.”³²³

La legitimación procesal se refiere a la cualidad particular de una persona, pero en una situación concreta, para pedir la tutela de un derecho específico. Díez-Picazo Giménez expresa que la legitimación procesal “se trata, en suma, de la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento justamente a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva).”³²⁴

A su vez, la legitimación, tanto la de la causa como la del proceso pueden ser activa o pasiva. Víctor Fairén concreta que “para ser demandantes o demandados en un proceso determinado, concreto – es siempre exigible, y como en este dominio, se trata de derechos subjetivos (o de simples intereses) de titularidad singular o extendida a una cantidad de sujetos determinada (salvo los conflictos de “masas de intereses difusos”; en los cuales, una de las mayores dificultades se halla en el determinar la legitimación.”³²⁵

De lo anterior tenemos que hay dos clases de legitimación: la activa y la pasiva. A continuación las explicamos.

3.7.2.3.3 La legitimación activa.

De lo antes señalado, podemos derivar que la legitimación activa es una especie de la legitimación procesal *in genere*, entendida como la cualidad reconocida a una persona física o moral para ser parte en un proceso como actor o demandante. Por ende, la legitimación activa se confiere para actuar en los procesos ya sea directa o indirectamente, pero **como actor**,³²⁶ tiene una conexión directa con la legitimación en la causa, pero también creemos que puede darse en la legitimación en el proceso por lo que hacemos ésta distinción.

³²³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, IEP, Madrid, 1961, p. 193.

³²⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil, el proceso de declaración*, CERA, Madrid, 2000, p. 228.

³²⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *op. cit.*, p. 294

³²⁶ **La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.** NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, *Revista Ius et Praxis* Año 10 N° 2: pp. 197 - 223, Talca, 2004, p. 197

1º La legitimación activa en la causa le corresponde a la persona física o moral, titular del derecho material que en su calidad parte material acude al proceso como actor o demandante a pedir la tutela de un derecho que estima violado.

2º La legitimación activa en el proceso, le corresponde a quien teniendo capacidad de ejercicio o procesal, por su propio derecho actúa en el juicio como demandante; o quien también, teniendo la capacidad procesal, jurídicamente lo represente.

3.7.2.3.4. La legitimación pasiva.

En correlación a lo anterior, la legitimación pasiva también puede derivar de la legitimación en la causa, y de la legitimación en el proceso. Sobre la legitimación pasiva Couture la alude como *“la capacidad bastante como para ser parte demandada, ...”*³²⁷

1º La legitimación pasiva en la causa le corresponde a la persona física o moral, titular del derecho material en que funda su excepción o defensa, y que por ello, en su calidad parte material puede intervenir en un proceso como demandado a defender sus derechos que pudiera tener.

2º La legitimación pasiva en el proceso, corresponde a quien teniendo capacidad de ejercicio o procesal, por su propio derecho actúa en el juicio como demandado, o quien también, teniendo esa capacidad procesal, jurídicamente la representa.

DIFERENCIAS ENTRE CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN (Adjetiva)		
Capacidad procesal	<i>Para actos procesales</i>	
Abstracta	Presupuesto de la validez del proceso, impide entrar al fondo	Los que tienen capacidad de ejercicio.
Capacidad para ser parte	Quien goza de la <i>titularidad</i> de derechos	Actor: para ejercitar la acción Demandado: para oponerse a la acción
	Presupuesto de la validez del proceso, impide entrar al fondo	Material: El titular del derecho Formal: Quien actúa en el proceso Ad Causam: El titular del derecho
Legitimación	Para un proceso concreto	Ad Processum: Quien actúa en el juicio. Debe tener capacidad de obrar.
Concreta	No es presupuesto de la acción. No impide entrar al fondo	Activa: Del actor Pasiva: Del demandado

³²⁷ “la suposición de que tenía capacidad bastante como para ser parte demandada, y por la totalidad de las cosas reclamadas.” COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, *op. cit.*, p. 267

CAPÍTULO IV

SEGUNDA DIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 4.1. La segunda dimensión de la capacidad (*Como elemento de eficacia*). 4.2. La Teoría de la Inexistencia. 4.3. La Validez y nulidad del contrato *como figura prototípica de los actos jurídicos*. 4.3.1 La eficacia e ineficacia. 4.3.2 La inexistencia de actos jurídicos. 3.3 La validez y la nulidad de los actos jurídicos. 4.4. La nulidad en el Derecho Romano. 4.5. Teorías de la nulidad en el Derecho Francés. 4.5.1 Antecedentes. 4.5.2 Teoría clásica o tradicional (Aubry et Rau, Planiol & Ripert,). 4.5.3 Tesis de Japiot. 4.5.4 Tesis de Piedelievre. 4.5.5 Teoría de Bonnecase. 4.6. Análisis comparativo de la capacidad como elemento de eficacia en el Derecho Comparado. 4.6.1. El método jurídico comparativo. 4.6.2. En España. 4.6.3. En Italia. 4.6.4. En Argentina. 4.6.5. En Chile. 4.6.6. La inexistencia y la nulidad en el Código Europeo de Contratos. 4.7. Análisis y sistematización. 4.8. Analogías y diferencias

4.1. La segunda dimensión de la capacidad (*Como elemento de eficacia*)

Generalmente en los sistemas jurídicos derivados de la familia jurídica romano germánica se considera a la capacidad jurídica como requisito o condición necesaria para la existencia perfecta del negocio jurídico, ya que su falta ocasiona la invalidez de los mismos. Esta segunda dimensión de la capacidad, tiene que ver con la *eficacia del acto jurídico*, entendiendo por **eficacia** del mismo como la idoneidad del acto jurídico para engendrar perfectamente todas las consecuencias jurídicas perseguidas por el autor o las partes que lo realizan.¹ En efecto, la capacidad jurídica es un elemento que debe tenerse en cuenta como indispensable para que los actos jurídicos tengan plena eficacia.

¹ RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*, Vol. IX, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, p. 11

La capacidad jurídica, es entonces, un requisito extrínseco y por ende presupuesto del contrato como lo refiere Alterini,² o mejor dicho presupuesto del contrato válido como lo califica Gherzi,³ o del consentimiento válido según Esborraz y Lorenzetti.⁴ El denominador común en el sistema jurídico latinoamericano y latino-europeo, es considerar a la *capacidad como elemento de eficacia y concretamente elemento imprescindible para la validez del contrato*, cuya falta engendra, ya la nulidad, ya la anulabilidad, ya la nulidad absoluta o bien la nulidad relativa; según el sistema jurídico al que se refieran. Vodanovic señala que doctrinalmente es común que, por “nulidad” se aluda a la absoluta, y por “anulabilidad” se refiera a la relativa.⁵ Sin embargo, ésta consideración resulta errónea pues uno y otro conceptos obedecen a concepciones teórica-jurídica distintas. La nulidad en los sistemas jurídicos que así la consideran, por ejemplo España, opera de pleno derecho; en cambio, la nulidad absoluta tal y como se reglamenta en el derecho mexicano, o no ocurre así, ya que ésta siempre requiere declaración judicial.

En los derechos: francés, español, italiano, venezolano, peruano, argentino, chileno, verbigracia, conciben también como en el nuestro, a “la capacidad jurídica” como *elemento de validez*. Al respecto Vodanovic en alusión al derecho chileno destaca que los elementos para la validez de los actos implican que a) *no haya vicios en la voluntad*, b) *que las partes tengan capacidad*, c) *que haya licitud en el objeto*, y d) *que sea lícita la causa*, agregando que para la validez no es suficiente el mero querer o voluntad, sino que adicionalmente debe tenerse la capacidad exigida para efectuar el acto pretendido.⁶

En el sistema jurídico positivo de otros países, se deslindan las consecuencias según el tipo de incapacidad, por ende, no toda incapacidad provoca el mismo tipo de nulidad. El jurista Chileno Arturo Alessandri entre otros criterios de clasificación de las incapacidades, refiere dos categorías de incapacidades las generales y las

² Considera a la capacidad como un presupuesto del contrato y señala que “los presupuestos del contrato, son requisitos extrínsecos al mismo, pero que determinan su eficacia y son valorados antes de él como un prius... En efecto, la capacidad, considerada tradicionalmente como elemento del contrato, desde el nuevo enfoque es englobada como presupuesto, porque existe independientemente de la concertación de un contrato determinado, y subsiste luego de tal concertación; es, como presupuesto —sabemos—, extrínseca al contrato. ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 198

³ en primer lugar sabemos que la realización de un “acto” presupone la posesión de “estado de capacidad de hecho” y entraña en cualquiera de los dos ámbitos, lícito e ilícito, “consecuencias jurídicas precisas”. GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, Partes General y Especial, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 64

⁴ La capacidad de las partes es un presupuesto para que las mismas emitan una declaración válida y, por lo tanto, es también un presupuesto del consentimiento, porque sin capacidad no habría consentimiento válido. ESBORRAZ, David F., “Comentarios de los artículos 1323 a 1433 y 1485 a 1492”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. X, Tomo I, *Contratos Parte Especial*, Lorenzetti, Ricardo Luis, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 160

⁵ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 178

⁶ *Ibidem*, p. 112

particulares, equiparables a la de ejercicio y goce respectivamente, las incapacidades generales provocan la nulidad relativa; las particulares pueden derivar en nulidad absoluta.⁷ Las primeras son prohibiciones o impedimentos generales para proteger los intereses particulares del incapaz vulnerable, tales como los sujetos con minoría de edad o los mayores de edad declarados en estado de interdicción, que se encuentran en desventaja psicológica para efectos de la celebración de actos jurídicos ante otras personas; las segundas, en cambio, no buscan proteger el interés particular de los incapaces, sino el interés general, por ello aparecen como prohibiciones, generalmente absolutas y específicas, en relación a determinadas personas y a determinados actos, cuya teleología esencial es la protección del orden público. De ello derivamos que, no toda incapacidad debe producir la misma consecuencia, dependerá entonces de la clase de incapacidad ante la que nos encontremos para poder establecer la consecuencia apropiada, y además estar prescrita por el ordenamiento positivo.

4.2. La Teoría de la Inexistencia.

Contrario a lo que pareciera ser evidente, la teoría de la inexistencia no la desarrollaron los romanos; el concepto fue introducido por *Zachariae von Lingenthal*.⁸ La teoría del acto inexistente paradójicamente se desarrolló en el derecho francés por un jurista alemán en el siglo XIX con motivo del matrimonio.⁹ El problema suscitado fue derivado de un matrimonio celebrado entre personas de idéntico sexo. “El Código de Napoleón no consagraba en forma textual la sanción de nulidad, cuando el matrimonio se celebraba entre personas del mismo sexo, razón por la cual resultaba imposible hacer declarar nulo el vínculo en esos casos: tal fue la razón de que surgiera –siempre en el siglo XIX– la llamada teoría de la inexistencia del matrimonio... *-Una fórmula lógica y sencilla salvó el problema-* La fórmula salvadora, concebida de acuerdo con los cánones entonces aceptados, fue suplida por el jurista **alemán Charles- Salomón Zachariae Von Lingenthal** (1769-1843), que por su aparente lógica e indudable simplicidad, logró de inmediato aceptación general.”¹⁰ La fórmula consistió en señalar que era un caso de matrimonio inexistente. “Zachariae comenzó por reconocer que el matrimonio entre personas de igual sexo no era nulo,

⁷ Los efectos de la incapacidad particular son diferentes de los de las dos incapacidades generales, según veremos, porque ella puede dar origen tanto a una nulidad absoluta como a una relativa, según el caso; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 450

⁸ La elaboración racional de la categoría de actos jurídicos inexistentes no fue alcanzada por los jurisconsultos romanos. La introducción del concepto se atribuye a Zachariae, si bien fue adoptado y difundido a través de Demolombe y Laurent, y especialmente Aubry y Rau. LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, PERROT, Buenos Aires, 1997, p. 514

⁹ La teoría del acto inexistente ha tenido su origen en la doctrina francesa del siglo pasado, y se atribuye generalmente a Zachariae. BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 543

¹⁰ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 382

precisamente porque la ley no establecía esa sanción; sin embargo, ello no se debía a inadvertencia alguna del legislador, sino que era más bien una consecuencia de su verdadera intención: tales matrimonios, en realidad, eran más que nulos; eran inexistentes y por eso el Código Napoleón, ni siquiera los tomaba en cuenta.”¹¹

Teniendo como contexto jurídico social, en las sociedades cuya legislación considera al matrimonio como una unión monogámica, los juristas chilenos Antonio Vodanovic y Víctor Vial del Río, en cuanto al origen de ésta teoría en sus respectivas obras, cuyo contenido es esencialmente idéntico, exponen que fue K. Salomón Zachariae quien la propuso con motivo del matrimonio, en la época (*a inicios del siglo XIX*) se estimaba que en materia de matrimonio únicamente habían las nulidades legalmente declaradas; por ende, un matrimonio habido entre personas de sexo homogéneo ¿debía valer por no ser un caso expreso de nulidad? Si esto fuera así, sería inmoral y opuesto al básico sentido común, ya que el matrimonio forzosamente debía ser contraído entre un varón y una mujer, por lo que se reflexionó que el acuerdo entre personas de sexo igual, simplemente no existía, no engrandecía efectos como tal.¹² Esta teoría después se aplicó los matrimonios sin consentimiento, y luego al matrimonio sin solemnidades,¹³ y después se extendió al terreno de los contratos.

Previo al postulado de la inexistencia, sólo se conocía la teoría de las nulidades. Una vez que fue creada la primera, se trató de relacionarla con la ya existente; hubo incluso quienes estimaban que ésta primera era una porción de la teoría de las nulidades; otros, por el contrario, que la teoría de la inexistencia no podía ser incluida en la de las nulidades. José Montiel aprecia que entre los conceptos de inexistencia y nulidad existe una incompatibilidad de carácter meramente lógico, conforme a la ley puede haber actos inexistentes (*cuando falta algún elemento esencial*). Un acto puede ser existente y válido, existente y nulo, pero no puede a la vez ser inexistente y nulo; ya que la nulidad se explica en función de la previa existencia del acto jurídico, pero al contrario no se podría analizar la nulidad de un acto inexistente por carecer de sentido y de toda utilidad; sería un absurdo analizar lo que no existe.¹⁴

¹¹ *Ibidem*, p. 383

¹² VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, *op. cit.*, p. 168 y VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 322

¹³ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 383

¹⁴ “Entre inexistencia y nulidad existe incompatibilidad, pero en un sentido puramente lógico. Quiere ello significar que si uno conviene con su interlocutor (la ley puede ser la base de la convención) en que son posibles los actos inexistentes, sea por ausencia de consentimiento, de objeto, o de solemnidad hablando de actos solemnes, y en que al lado de ellos pueden identificarse actos nulos, es decir, actos en los que existen el consentimiento y el objeto, (y la solemnidad, si es elemento esencial de los mismos), no es compatible con el pensamiento que cierto acto pueda ser a la vez inexistente y nulo, supuesto que de ser lo primero, no se podría predicar su nulidad, dado que para que ésta última se actualice, es necesario que el acto exista y además que se ejecute contraviniendo leyes prohibitivas, y nadie estaría de acuerdo en discutir la nulidad de un acto inexistente, discusión que en éste contexto carecería del mínimo sentido.” MONTIEL RODRÍGUEZ, José, “La invalidez del acto jurídico (ineficacia para la dogmática)”, *Revista Jurídica de La Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Núm. 4. Pp. 91-103, Sección Artículos, 2003, Puebla, p. 96

Amén de lo tautológico del “acto inexistente”, se estima que es muy débil el soporte de esta teoría de la inexistencia. **Lohman Luca de Tena** reflexiona que la teoría de la inexistencia, es inconsistente ontológicamente ya que en principio no es posible concebir la nada, después “*la nada no puede ser confrontada sino con lo que es*”, y por último, los actos que aparentemente son inexistentes pueden producir algunas consecuencias jurídicas.¹⁵ Hay razón en afirmar que “la inexistencia no es tan inexistencia” ya que efectivamente los actos inexistentes pueden generar consecuencias de derecho; por ende, un acto inexistente no es la nada en términos absolutos, simplemente no produce efectos jurídicos en relación al acto jurídico que intentaron celebrar las partes; pero es posible que estén generando consecuencias como si se tratara de un acto o hecho jurídico diverso al pretendido por las partes.

En éste mismo rumbo José Montiel estima que no tiene **rumbo** ni utilidad interés la concepción del acto jurídico inexistente, *¿cómo se puede calificar la validez de lo que no existe?* el jurisconsulto aprecia la juridicidad y la califica en relación al acto inserto en un sistema normativo válido, entonces “*cuando no existe el acto*, el hecho, la relación o la institución, *nada puede calificar de jurídico*, porque falta el fenómeno de facto que contractar contra un orden jurídico válido.”¹⁶

También consideran que es inútil la teoría de la inexistencia los juristas argentinos Guillermo Borda, Santos Cifuentes, Zannoni, Salvat, Arauz Castex, Nieto Blanc.¹⁷ Borda de manera textual señala: “*La inexistencia es un concepto jurídico inútil, pues de él se desprenden los mismos efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta*”.¹⁸ Para ellos es suficiente la teoría de la nulidad o invalidez, ya que primero, desde el plano gramatical es contradictoria la expresión de “actos inexistentes”; después la ley no reglamenta la inexistencia (*en aquellas legislaciones extranjeras, porque en México sí*); y luego, porque no es posible separar a la existencia material de la jurídica; y por último, porque a fin de cuentas la inexistencia se equipararía a una nulidad de pleno derecho. Guillermo Borda considera también que es inútil, pero acepta que aunque la teoría es objetable, no tendría tampoco inconveniente en que se remita a la misma, por formar parte de una tradición jurídica.¹⁹

¹⁵ Cfr. LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico*, Librería Studium, Lima, 1986, p. 523

¹⁶ MONTIEL RODRÍGUEZ, José, *op. cit.*, p. 96

¹⁷ “Hay quienes consideran que la inexistencia se confunde con la nulidad; que es inútil bastando la invalidez; que no se puede dividir el negocio adjudicándole una existencia material y otra jurídica, de modo de decir que no existe jurídicamente el hecho concreto o material de su realización; se sostiene por esos autores que la ley no ha consagrado a la inexistencia (Nieto Blanc, Arauz Castex, Salvat, Zannoni).” CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 399

¹⁸ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 546

¹⁹ “la objeción más seria es de orden gramatical. La expresión *actos inexistentes* es contradictoria; lo que no existe no puede llamarse acto. Pero como de alguna manera hay que designar a estas situaciones, a estas meras apariencias, nos parece que no traería ninguna utilidad apartarse de una designación que, aunque objetable, tiene en su favor una larga tradición. *Idem*.”

Por nuestra parte, similar a la reflexión de Borda, amén de lo tautológico y contradictorio que, de la estructura lógica y gramatical resulta, estimamos también que las críticas son acertadas; sin embargo, reflexionamos que, en primer lugar, toda vez que el *derecho mexicano si se reglamenta la inexistencia*,²⁰ entonces, por la doctrina mexicana debe ser atendida ésta figura; y para evitar contradicciones gramaticales, proponemos que en lugar de llamarle *acto inexistente*, se invierta el orden de la expresión denominándolo *“inexistencia del acto jurídico”*, lo que evoca la idea de que el acto no se constituyó; y en segundo lugar, aunque si bien la inexistencia se equipara en parte a lo que la doctrina ha definido como nulidad de pleno derecho, ya que no necesitan declaración judicial; la tendencia es que en nuestro derecho no existen dichas nulidades, y las que excepcionalmente existen por señalamiento legal, son realmente escasas, el único caso que en materia sustantiva establece la ley civil sustantiva federal es el caso del artículo 1724 del Código Civil Federal que señala: *“Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispense al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.”*, y además, este tipo de nulidad no produce efecto jurídico; ahora, los casos de inexistencia del acto jurídico, precisamente no producen el efecto jurídico en relación a ese acto deseado por las partes; sin embargo, esa inexistencia no equivale a decir que no produzcan ningún efecto jurídico en términos absolutos, los únicos efectos que no se producen son los relativos al acto que no se conformó, sin embargo, pueden producir efectos jurídicos diversos a los deseados por las partes, que serían derivables del acto no conformado. Por ejemplo, la inexistencia jurídica de un contrato translativo de dominio, por falta de consentimiento o de objeto posible, donde materialmente hubo algún desplazamiento patrimonial o entrega, no existirá como el contrato translativo de dominio pretendido, sin embargo, el efecto jurídico *-por la entrega material que se había hecho indebidamente-*, sería la restitución de la cosa entregada, al no haber un desplazamiento o entrega con causa legítima.

Por otro lado, sin estar de acuerdo que la inexistencia sea un aspecto de la nulidad en sentido amplio, consideramos importante la clasificación de actos inexistentes que propone Barcia Lehmann en relación al negocio jurídico. La clasificación de *actos incompletos, defectuosos y aparentes* va en relación a que: si a la celebración falta un elemento esencial, será incompleto; si la falta de ese elemento esencial es irremediable, será defectuoso; y si lo aparente no corresponde a la realidad (simulación) serán aparentes.²¹

²⁰ El contexto deriva de los artículos 1749 y 2224; el primero de ellos interpretado a contrario sensu, y sobre todo éste último, de manera expresa la reglamenta. **Artículo 1794.-** *Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato. Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.*

²¹ DE CASTRO citado por Barcia Lehmann, entiende los supuestos de inexistencia dentro de la nulidad en sentido amplio y señala que el negocio inexistente admitiría la siguiente clasificación antes señalada. *Vid. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I, Del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 220

A. Negocios o actos jurídicos incompletos. Son aquellos que al momento de su celebración les falta un elemento esencial, que no es susceptible de ser completado por la interpretación judicial. En este caso conforme al derecho chileno estarían los contratos en formación antes de la aceptación, también aquellos en que una de las partes carece de las facultades necesarias o poder suficiente y negocios que no cumplen con las solemnidades propiamente tales, es decir, las necesarias para su nacimiento. En el caso del derecho mexicano tendríamos la falta de consentimiento para un contrato, la falta de voluntad para el acto jurídico unilateral; la imposibilidad del objeto y la falta de solemnidad (*cuando es requerida*).

B. Negocios o actos jurídicos defectuosos. Estos actos carecen de un modo irreparable un elemento de la esencia que afecta la existencia del acto o convenio. Verbigracia –citados para el ordenamiento jurídico chileno– el consentimiento, el objeto o la causa. La causa no es elemento esencial ni de validez en el vigente derecho civil mexicano.

C. Negocios o actos jurídicos aparentes. Si el acto aparente carece de toda realidad; son aquellos en que la apariencia comercial no corresponde a la realidad jurídica. Esto ocurre con los negocios con simulación absoluta. Un auto embargo –*además de ilícita la conducta que es*–, una vez que jurídicamente es desenmascarado o descubierto, nos lleva a la inexistencia del embargo; o una compraventa aparente en la que no existe intención ni de transmitir ni de adquirir, realmente no existe como compraventa.

A diferencia del Código mexicano, el Código Chileno no reglamenta la inexistencia de los actos jurídicos. El Código Chileno no reglamenta la inexistencia, únicamente la nulidad absoluta y la relativa. Los doctrinalmente inexistentes, los asimila a los de nulidad absoluta.²² Lo anterior es regulado de la misma manera en la legislación civil peruana, Rubio Correa expresa que los casos tenidos en otros Estados como inexistencias, son considerados como casos de nulidad.²³

Observamos que no obstante las opiniones dadas en contra de los beneficios que pudiera aportar la teoría de la inexistencia hay quienes estiman que relativamente es útil, o como Borda destaca que si bien es objetable, tampoco traería gran beneficio separarnos de ella, pues dicha teoría tiene el beneficio de obedecer a una amplia tradición.²⁴ A favor de la relativa utilidad de esta concepción Barcia Lehmann considera que *“la teoría de la inexistencia es útil; pero sólo como una*

²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado General de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 325 y 326

²³ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial, *La invalidez del acto jurídico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, p. 25

²⁴ Cfr. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, 546

*forma de explicar casos muy elementales, como por ejemplo la compra de cosa propia, la suscripción de un contrato por parte de quien no ha concurrido a su celebración, etc.”*²⁵

Independientemente de las objeciones, por nuestra parte reiteramos que, a diferencia del derecho argentino o chileno, por ejemplo, nuestro actual Derecho Civil Mexicano, al haber adoptado la visión tripartita de *“inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa”*, considera de manera expresa la figura de *la inexistencia de actos jurídicos*, por ello consideramos que por las características inherentes a esa teoría, debe ser importante el que la conozcamos y la tomemos en cuenta; además de la utilidad que nos puede brindar desde el plano práctico.

En el derecho común mexicano, las características de la inexistencia son: 1º El acto inexistente *no engendrará consecuencia jurídica alguna*; 2º *No requiere de declaración judicial*; 3º *No es susceptible de valer por confirmación*, 4º *No se conforma ni convalida por la prescripción* y 4º *La inexistencia puede ser alegada por todo interesado*. Si tenemos cuidado, nos daremos cuenta que las consecuencias de la inexistencia de los actos jurídicos son equiparables a las de *los actos nulos de pleno derecho*; sin embargo, desde el plano fáctico, es decir, de las situaciones reales que pueden llegar a suscitarse entre los sujetos, los actos de inexistencia pueden resultar de *variadas hipótesis*: por falta de consentimiento, por el error obstáculo que tiene como sub-especies al error *“in negotio”*, *“in corpore”* e *“in personae”*; puede consistir también en la falta de objeto ya sea directo o indirecto; o bien, en la falta de solemnidad cuando ésta es exigida por el derecho; en cambio, los casos de nulidad de pleno derecho son realmente excepcionales y están expresamente determinados. En materia sustantiva federal, como se ha visto, sólo tenemos *un caso de nulidad de pleno derecho* y es el caso del artículo 1724 del Código Civil Federal que señala: *“Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispense al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.”* En las legislaciones civiles de los estados también son excepcionales. Por ejemplo, en el caso del Estado de Guanajuato, sólo son dos las hipótesis. Una es la misma que la legislación federal señala, y la otra en materia de tutela. En efecto, el artículo 630 de éste último cuerpo normativo que considera *“El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado. Las que hiciere serán nulas de pleno derecho”*. Y el artículo 1962 que establece: *“Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.”*

En mérito de lo anterior, desde el punto de vista teórico advertimos que no hay prácticamente diferencia entre inexistencia y nulidad de pleno derecho; empero, entre inexistencia y nulidad absoluta si hay diferencias específicas, y más toda vía entre inexistencia y nulidad relativa.

²⁵ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 124

La nulidad absoluta: 1° *Produce efectos provisionales, que quedarán destruidos retroactivamente con la sentencia judicial; por tanto, 2° la nulidad requiere ser declarada judicialmente; y en cambio se asemejan inexistencia y nulidad absoluta en cuanto a que: 1° Ambas no son susceptibles de valer por confirmación, 2° Tampoco pueden convalidarse por prescripción y 3° La inexistencia o nulidad absoluta pueden invocarse por cualquier interesado.*

Las diferencias entre inexistencia con la nulidad relativa son diametralmente opuestas, ya que ésta última: 1° *Produce efectos provisionales de validez; 2° Requiere ser declarada judicialmente; 3° Es convalidable por ratificación o confirmación, 4° Se convalida por la prescripción y 5° Sólo puede ser invocada por el perjudicado (quien sufre el vicio o el incapaz).*

Como hemos advertido, las diferencias tanto desde el plano teórico son variadas, pero sobre todo desde el plano de la práctica, resulta muy útil tenerlas como separadas, ya que cada una de ellas tiene una propia estructura, condiciones que deben reunirse para así, facilitar la manera como se pueda plantear cada una de ellas.

4.3. La Validez y nulidad del contrato como figura prototípica de los actos jurídicos.

Para comenzar, debemos reconocer que el tema de las nulidades es un tema enredado y difícil; las diversas teorías que la contienen en ocasiones son vagas, y las disposiciones legales que las regulan, tienen una redacción oscura e imprecisa. Guillermo Borda describe éste escenario con exactitud estimando que dentro del derecho común, la de las nulidades es de las teorías más complicadas, y no pocas veces su redacción *-en Argentina-* es oscura, irregular e imprecisa, generando sobre éste tema grandes controversias y debates que no han logrado conciliar la jurisprudencia y la doctrina.²⁶ Precisamente, la situación descrita por Borda no es exclusiva de la legislación argentina; precisamente por la vaguedad e imprecisión que hemos advertido en cuanto al tema de las incapacidades en el derecho civil mexicano, ya en la ley, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas, es lo que ha motivado la presente investigación.

En cuanto a la terminología: *la validez y la nulidad ¿deben serlo en función del contrato? o ¿deben serlo en función del acto jurídico?*

Es el acto jurídico una figura de mayor extensión que el contrato, ya que éste se comprende dentro del primero; por lo que, entre ellos podemos derivar una relación género especie en la que, el género es el acto jurídico y la especie es el contrato. Todos los actos jurídicos para su existencia perfecta deberán colmar tanto los elementos existenciales como los de validez; pero también debemos decir que la

²⁶ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 535

nulidad es aplicable a todos los actos jurídicos, sean sustantivos, procesales,²⁷ de derecho público o de derecho privado; sin embargo, cabe hacer la aclaración que, para efectos del presente trabajo, el estudio que efectuamos se enfoca a los actos jurídicos que como instituciones jurídicas son reguladas por el derecho civil, ya que el régimen que las regula es distinto al de derecho público, pues este, por su naturaleza tiene principios, fines y reglas propias. En el derecho público –señala Vial del Río– “los grados de invalidez de los actos no están tan bien marcados como en el Derecho Privado.”²⁸ En éste último, claramente existen tres estadios: la nulidad relativa, la nulidad absoluta y la inexistencia.

La teoría de las nulidades no es exclusiva de los convenios,²⁹ sino en general de los actos jurídicos. El jurista Chileno Antonio Vodanovic en alusión al derecho civil chileno también estima que la nulidad se aplica no sólo a los contratos, sino a todo acto jurídico multilateral, sinalagmático o unilateral.³⁰ Quizás sea así por la tendencia de los códigos civiles el que las reglas sobre validez y nulidad se emitan en función del contrato que, si no es la única fuente de obligaciones, sí es de las más importantes, y de allí el que después se aplique también a los demás actos jurídicos.

Se ha dicho que los contratos son como si fueran ley para las partes, lo que con el debido rigor, desde el punto de vista de la teoría jurídica resulta incorrecto, más bien, debemos tenerlo como una norma jurídica individualizada que sólo obliga a las partes; así, la voluntad que se emite para la realización de actos jurídicos, es con el fin de que produzcan los efectos deseados por las partes. Si estos actos, jurídicamente tienen la aptitud para producir esos efectos, por haber cumplido las condiciones para su existencia y de validez, estaremos ante *actos jurídicos perfectos*; en cambio, si jurídicamente no los pueden producir, nos encontramos ante *actos jurídicos imperfectos*.³¹

²⁷ En términos generales, la nulidad procesal puede definirse como la invalidación de un acto procesal realizado con violación u omisión de los requisitos exigidos por la ley. VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 348

²⁸ Las reglas establecidas por el Código Civil en cuanto a la nulidad de los actos y contratos reciben general aplicación en las demás ramas del Derecho Privado, si no hay una regla especial en contrario. Pero no ocurre lo mismo tratándose del Derecho Público, que está regulado por principios y normas propias. *Ibidem*, p. 347

²⁹ El ámbito de aplicación de la teoría de las nulidades es muy extenso, ya que no se aplica sólo a los contratos, sino que en virtud del artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, sus disposiciones son aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre lo mismo. GINEBRA, Xavier, “Comentario a una ejecutoria sobre la equiparación entre la existencia y la nulidad de los actos jurídicos”, *Revista de Derecho Privado*, Año 6, Número, 16, Enero-Abril de 1995, Mc Graw Hill, México, 1995, p. 173

³⁰ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 167

³¹ Según que se hayan cumplido o no los requisitos de existencia y validez, los actos son perfectos o imperfectos. Estos últimos pueden ser inexistentes, nulos absolutamente o nulos relativamente. VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 20

4.3.1 La eficacia e ineficacia.

El contrato podrá ser eficaz o ineficaz según pueda producir los efectos deseados por las partes. Al respecto Robles Farías nos indica que si el acto crea todas las consecuencias jurídicas que debe producir es eficaz; si no produce todos los efectos jurídicos que debería producir es ineficaz. “Por ineficacia debe entenderse la falta de producción de efectos jurídicos de un contrato por cualquier razón y en cualquier grado. Por tanto, puede haber ineficacia total cuando un acto jurídico es incapaz de producir efecto alguno e ineficacia parcial cuando sólo produce algunos de los efectos que es susceptible de generar.”³² Malicki estima que la ineficacia jurídica es la disminución o privación de los efectos jurídicos del acto, anhelados por el o los otorgantes del mismo.³³ La ineficacia del acto jurídico es definida por Barcia Lehmann como “*aquellas causales por las cuales el acto no produce los efectos queridos por su autor.*”³⁴ O según Rubio Correa como: “*la incapacidad de éste, para producir sus efectos, bien porque ha sido mal construido, o bien porque ciertas circunstancias exteriores a él impiden tales efectos.*”³⁵ En la ley no hay propiamente un catálogo de ineficacias; en ella caben distintos supuestos.

A partir de las ideas expresadas tenemos que, el aspecto positivo de la vida del contrato es la eficacia, ya que permite que el acto produzca los efectos plenos; el negativo, es la ineficacia que impide lo anterior ya sea de manera total o parcial. La ineficacia repercute en la vida del contrato, ya sea a través de la inexistencia, la nulidad absoluta o relativa de los mismos, con lo que hacemos patente que estas instituciones son figuras prototípicas de los contratos en particular, y de los actos jurídicos en general; sin embargo, es de resaltar que la doctrina mexicana, escasamente se refiere a las ineficacias; de manera directa propone a la inexistencia o a las nulidades, no obstante, la teoría de las ineficacias nos brinda una visión más amplia que el de la mera visión tripartita de inexistencia, nulidad absoluta y relativa, sino que en ella se consideran todas aquellas formas previas, coetáneas o posteriores a la realización, por las que un acto jurídico se ve privado de sus efectos.

Con apoyo en la doctrina jurídica, proyectamos una clasificación de las ineficacias:

INEFICACIA LATO SENSU. (Es el género, incluye la nulidad).³⁶

³² ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011, p. 354 y 355

³³ MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, Hechos y Actos Jurídicos, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 708

³⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 121

³⁵ RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*, Vol. IX, *op. cit.*, p. 12

³⁶ “Dentro de este concepto amplio, la ineficacia abarca los diversos supuestos en los cuales un acto jurídico queda destituido de sus efectos propios, sea por causas estructurales y originarias o sea por causas sobrevenidas y

En sentido amplio, un acto es ineficaz si por cualquier motivo, *ya inherente o externo* al mismo, no produce o no sigue produciendo las consecuencias que le son propias.³⁷ En éste sentido, las razones de ineficacia pueden ser intrínsecas o extrínsecas. En ella se comprende a la nulidad porque se afecta a la estructura misma del acto. Aunque hay quienes consideran que la inexistencia no es una cualidad del acto jurídico, lo cual así es, sin embargo, la inexistencia al no producir efectos, también podría ser considerada en ésta clasificación.

INEFICACIA STRICTO SENSU.³⁸ (Excluye la nulidad) En sentido estricto, la ineficacia tiene como presupuesto la existencia de un acto jurídico que además cumple con las condiciones de validez y, por ende, susceptible de ejecución, mas sin embargo, no produce o no sigue produciendo las consecuencias que le son propias, en razón de *un acontecimiento ulterior y ajeno al acto mismo*.³⁹ Se refiere a aquellos casos de actos jurídicos donde no está cuestionada la validez estructural del negocio. Aquí quedarían comprendidas la rescisión, la revocación o la resolución.⁴⁰

INEFICACIAS ESTRUCTURALES. En este tipo de ineficacias, la falta de producción de las consecuencias que le son propias al acto, se origina *“por defectos en la estructura del acto y existentes desde el momento de su celebración.”*⁴¹ La nulidad es el supuesto peculiar de ésta ineficacia. Se identifican con las ineficacias de origen.

INEFICACIAS FUNCIONALES. Estas ineficacias se actualizan “cuando la ineficacia se produce a causa de hechos sobrevenidos a la constitución del negocio y extrínsecos a su estructura y que inciden sobre sus efectos, de forma tal que mantener el acto jurídico conduciría a obtener un resultado contrario a derecho o a los fines de las partes del negocio.”⁴² Los supuestos que caben en ella son *la revocación, la rescisión, y la resolución*. Se identifican con las ineficacias supervenientes.

INEFICACIAS DE ORIGEN. “son aquellas ineficacias que tienen su fundamento en la falta o defecto de los elementos del acto jurídico y, por tanto, son

extrínsecas. Así, será ineficaz el acto fulminado con la nulidad, lo mismo que el rescindido, resuelto, revocado o inoponible.” MALICKI, Anahí, *op. cit.*, p. 710

³⁷ VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 319; también puede consultarse en VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 165

³⁸ En realidad en Chile se distingue entre la ineficacia en sentido amplio, la que comprendería a la nulidad, y en *sentido restringido*, la que comprendería el concepto señalado precedentemente, esto es, la resolución. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 121

³⁹ VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 319 y 320

⁴⁰ De tal modo, la ineficacia –en sentido estricto– no comprende la nulidad sino que la contrapone; ineficacia y nulidad coexisten como dos categorías independientes. Con este alcance, se reserva el concepto de ineficacia sólo para las denominadas ineficacias funcionales como la rescisión, revocación o resolución. Es decir, aquellos casos de actos jurídicos donde no está cuestionada la validez estructural del negocio. MALICKI, Anahí, *op. cit.*, p. 710

⁴¹ *Ibidem*, p. 708

⁴² *Ibidem*, p. 709

congénitas y originarias, nacen con el contrato. Por ello se dice que las ineficacias de origen siempre tienen su causa en la nulidad del acto.”⁴³ Según la doctrina moderna, en éstas ineficacias sólo caben: la nulidad absoluta y la nulidad relativa

INEFICACIAS SUPERVENIENTES. “Tienen su origen en eventos que ocurren con posterioridad a la formación del contrato o acto jurídico, como sucede con la revocación, la resolución, la rescisión, el desistimiento unilateral, el mutuo disenso, el incumplimiento o simplemente el deseo conjunto de las partes para no ejecutar el contrato; o bien por sucesos posteriores que nada tienen que ver con el actuar de las partes, como la fuerza mayor o el caso fortuito o la realización de un hecho causal señalado como condición resolutoria.”⁴⁴

INEFICACIAS INICIALES. Son ineficacias iniciales las que afectan a los negocios jurídicos desde su nacimiento. En ellas, el acto jurídico sólo tiene la apariencia de tal o se encuentra incompleto, aquí podríamos situar a la inexistencia, a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa. Se identifican con las de ineficacias de origen.

INEFICACIAS POSTERIORES. Las ineficacias posteriores, el acto o sus efectos se ven alcanzados por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento.⁴⁵ El acto jurídico de inicio es válido y por circunstancias ulteriores deja de producir sus efectos. Se identifican con las ineficacias supervenientes.

INEFICACIAS POR DEFECTOS INTRÍNSECOS. Son ineficacias por vicisitudes inherentes al mismo acto jurídico y operarían al momento de celebrarse el negocio jurídico. Supuestos como la ausencia de consentimiento o carencia del objeto, así como la falta de capacidad jurídica, los vicios en la voluntad de un sujeto, o que el objeto del acto jurídico sea ilícito.

INEFICACIAS POR DEFECTOS EXTRÍNSECOS. Son ineficacias por vicisitudes ajenas al acto jurídico y suponen la existencia de un contrato válido, acontecerían respecto de un negocio jurídico perfecto –como lo refiere Betti– para así poder diferenciar la nulidad de las otras ineficacias.⁴⁶ La rescisión quedaría como ejemplo de ésta clase de ineficacia.

INEFICACIAS AUTOMÁTICAS.⁴⁷ Son ineficacias automáticas las que operan de pleno derecho o ipso iure, como sucede con la condición resolutoria ordinaria, el

⁴³ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 355 y 356

⁴⁴ *Ibidem*, p. 355

⁴⁵ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 209

⁴⁶ BETTI, Emilio, *Teoría General del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f. p. 405.

⁴⁷ A esta clasificación se refiere DÍEZ-PICAZO. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I: Introducción. Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996, pp. 459 y 460.

pacto comisorio calificado [excepto el que opera en la compraventa por el no pago del precio] o la inexistencia, sin perjuicio de lo cual estas ineficacias pueden ser declaradas por el juez.⁴⁸ En el derecho mexicano podemos poner sólo a la inexistencia, y los casos excepcionales de nulidad de pleno derecho ya que no requieren declaración judicial.

INEFICACIAS PROVOCADAS. Son ineficacias provocadas las que requieren de legitimación activa y sentencia judicial, *como la nulidad o la condición resolutoria tácita*. Además, las ineficacias provocadas son claudicantes, es decir, en ellas el acto nace eficaz, pero el ordenamiento jurídico permite impugnarlo.⁴⁹ Aquí, conforme al derecho mexicano ubicaríamos a las nulidades absoluta como relativa y a la rescisión.

Otra forma de constatar que la ineficacia no ha sido considerada en el derecho mexicano sería observando la forma en que se organizan los epígrafes de los títulos y capítulos del Código Civil Federal, en ninguno de ellos se habla de ineficacia; al contrario en el Libro cuarto, primera parte, título sexto se denomina *“De la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos”*. No obstante, en base a lo anterior tenemos que la ineficacia es el género, teniendo como especies a *todas aquellas figuras por las que un acto jurídico queda sin efectos* en la que caben la inexistencia, la nulidad, la rescisión, la resolución, la *rebus sic stantibus*, la terminación, el desistimiento unilateral, la inoponibilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor, entre otros. De lo antes precisado, se observa a la inexistencia como una especie de ineficacia; inclusive, hay quienes conciben a la inexistencia en función de la ineficacia, y definen a la inexistencia como *“una ineficacia que acepta a los actos jurídicos o contratos celebrados cuando se omite uno o más requisitos de existencia.”*⁵⁰

No obstante lo anterior *¿La inexistencia puede ser realmente una especie de ineficacia?*

4.3.2 La inexistencia de actos jurídicos.

Primero debemos deslindar el concepto de inexistencia. *¿Realmente hay actos jurídicos inexistentes?* La pura expresión “inexistencia” es cuestionada, se considera que es tautológica José Antonio Márquez afirma que “El uso del vocablo inexistencia suscita hasta la fecha uno de los más encontrados puntos de discusión de la doctrina del derecho civil, que es la de reconocer a la inexistencia como categoría distinta de la nulidad absoluta.”⁵¹ Borda estima que el enunciado “actos inexistentes” es

⁴⁸ MELICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, Caracas, Venezuela, 1997, p. 322.

⁴⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 210

⁵⁰ *Ibidem*, p. 123

⁵¹ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 1993, p. 2

paradójico, pues sería inexacto el denominar acto al “no ser o no estar”, esto es, lo que no existe, y también considera que es inútil ya que produce los efectos de una nulidad de pleno derecho.⁵² De igual forma Santos Cifuentes afirma que basta con la institución de la validez y nulidad, que no es útil el concepto de inexistencia, la ley argentina no ha regulado la inexistencia.⁵³

No obstante, hay quienes consideran que, el concepto de inexistencia debemos tenerlo sólo en el ámbito jurídico, ya que el concepto de acto jurídicamente inexistente, no obstante que pueda tener existencia física, jurídicamente no produce efectos jurídicos como el acto jurídico que las partes pretenden realizar; en éste rumbo señala Galindo Garfias: “El acto inexistente es por tanto sólo un fenómeno que no puede tener ninguna eficacia para el derecho; se dice, es “la nada jurídica”, por lo que es algo que no produce efecto legal de ninguna especie... los elementos esenciales son llamados por Bonnecase elementos de definición, porque cuando falta alguno de ellos, el acto no puede ni siquiera ser concebido.”⁵⁴ De la pura expresión, parecería contradictorio hablar de “**actos jurídicos inexistentes**,” sin embargo, jurídicamente así se considera, hay actos jurídicos que aparentan serlo, pero en el fondo nunca han llegado a conformarse, de allí la expresión de **actos jurídicos inexistentes**. A éste respecto, es pertinente referir lo que Emilio Betti afirma que hay sucesos que ameritan la expresión de genuina *inexistencia jurídica del negocio*, en tanto que sólo hay de él una vana fachada, que sólo aparenta haberse creado o realizado, pero es meramente superficial, ya que la mera sensación de lo que no es, no produce los efectos jurídicos.”⁵⁵ En los casos de error obstáculo, por ejemplo, cada una de las partes en su fuero interno tiene la impresión de que se ha dado el consentimiento y que por tanto el contrato existe; sin embargo, analizado en el fondo ni siquiera se formó el consentimiento, de lo que deriva la inexistencia, y por ende la ineficacia del mismo.⁵⁶ Un acto jurídico será pues inexistente si carece de alguno o algunos de los elementos constitutivos del mismo. En el derecho mexicano son tres los elementos esenciales: manifestación de voluntad

⁵² La inexistencia es un concepto jurídico inútil, pues de él se desprenden los mismos efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta... la objeción más seria es de orden gramatical. La expresión *actos inexistentes* es contradictoria; lo que no existe no puede llamarse acto. Pero como de alguna manera hay que designar a estas situaciones, a estas meras apariencias, nos parece que no traería ninguna utilidad apartarse de una designación que, aunque objetable, tiene en su favor una larga tradición. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 546

⁵³ Y señala: “Hay quienes consideran que la inexistencia se confunde con la nulidad; que es inútil bastando la invalidez; que no se puede dividir el negocio adjudicándole una existencia material y otra jurídica, de modo de decir que no existe jurídicamente el hecho concreto o material de su realización; se sostiene por esos autores que la ley no ha consagrado a la inexistencia (Nieto Blanc, Arauz Castex, Salvat, Zannoni).” CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 399

⁵⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IJ-UNAM-Porrúa, México, 1993, págs. 269 y 270

⁵⁵ BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 351 y ss.

⁵⁶ Todo acto que no produzca actividad (inexistente), que no tenga fuerza o suficiente poder para obrar o producir todas las consecuencias de derecho deseadas (nulidad relativa o absoluta), es ineficaz, por adolecer de alguna de tales deficiencias. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *Anales de Jurisprudencia*, Núm, 233, Sección de Previa, 1998, p. 218

o consentimiento si se trata de un contrato; objeto posible; y en algunos casos la solemnidad. La falta de alguno de ellos produce la inexistencia. Para obviar incoherencias y absurdos gramaticales, proponemos que en lugar de emplear la expresión de “*acto jurídico inexistente*”, se utilice la de “*inexistencia del acto jurídico*”.

Hay quienes consideran que como la inexistencia no es una cualidad del contrato; por ende, no puede tenerse como una especie de ineficacia, como sí pudiera serlo la nulidad o la anulabilidad. Y en efecto esto es así, es pertinente hacer la aclaración que estamos hablando del elemento negativo “*la inexistencia*”; el aspecto positivo “*la existencia*” si es una cualidad del contrato, ya que todo contrato como tal para ser perfecto tiene que existir y luego ser válido; por ello es que la inexistencia no es cualidad del contrato, ya que la nada “*inexistencia*” no podemos derivar un acto jurídico. Sin embargo, puede decirse también que conforme al derecho mexicano, que las *cualidades positivas* del acto jurídico son en primer orden la existencia y después, la validez; de la misma manera, las *cualidades las negativas* serán la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

Sobre la inexistencia, los juristas españoles Jesús Delgado Echeverría y Ángeles Parra Lucán, subrayan que es una idea desconcertante, ya que a diferencia de la nulidad que sí es un atributo predicable; **la inexistencia no es una cualidad que se pueda decir de un acto**. Afirman que el Máximo Tribunal ha empleado esa expresión en alusión a los actos en los que no se logran concentrar los requisitos constitutivos del mismo (*falta de consentimiento, objeto o causa*) y se deja el vocablo de **la nulidad**, para cuando el acto contraviene a las leyes.⁵⁷ Precisan también que la inexistencia no es una especie de ineficacia como la nulidad que está al servicio del interés público o bien público; o de la anulabilidad que está al del interés privado. La inexistencia no es una especie de ineficacia como sí lo son la nulidad y anulabilidad; la primera es concebida en función un supuesto fáctico en razón de la estructura; las otras dos se conciben en razón de consideraciones de tipo funcional.⁵⁸ Para contextualizar, cuando los autores en comento refieren a la nulidad y anulabilidad, debemos tener presente que, como se reglamenta y organiza el régimen de la nulidad absoluta y a la nulidad relativa en el derecho mexicano, no podemos identificarlas plenamente con los conceptos de nulidad y anulabilidad tal y como son regulados en España. La nulidad como especie de ineficacia en España opera ipso iure, por lo que no se asemeja a nuestro concepto de nulidad absoluta, que como sabemos, no obra de pleno derecho ya que para actualizarse necesita de resolución judicial; la anulabilidad en España tutela simplemente intereses privados y requiere de declaración judicial; en México, para que se actualice la nulidad relativa, es necesaria la declaración judicial y permite convalidar el acto. Adicionalmente, podemos

⁵⁷ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, Ma. Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, S.L., Madrid, 2005, p. 42 y 43.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 46

considerar que aunque el derecho mexicano sí regula la inexistencia de los actos jurídicos, y por lo tanto, la doctrina mexicana sí estudia este apartado de manera puntual, por ello el que sea considerada como una cualidad negativa de los actos jurídicos que debe ser estudiada previamente al análisis de la validez de los mismos; no obstante, compartimos la apreciación hecha en el sentido que la inexistencia no es una especie de ineficacia como la nulidad y otras figuras sí lo son, por la siguiente razón: si la ineficacia es un género amplísimo donde *caben todos aquellos actos jurídicos que no originan consecuencias jurídicas*, ya sea por circunstancias intrínsecas o extrínsecas, previas o posteriores a la celebración de los mismos; desde el plano técnico-jurídico, si la inexistencia es concebida como *la nada jurídicamente hablando*, entonces la nada, no podría ser una especie de ineficacia; sin embargo, aunque esto es correcto, para efectos meramente prácticos, nada impide que podamos tenerla como tal, ya la inexistencia al ser la nada, tampoco produce efectos jurídicos y si la equiparamos a la nulidad tendremos sendas diferencias, basta señalar que ésta última *no impide que el acto produzca efectos provisionales*; en la inexistencia no.

*¿Puede comprenderse la inexistencia jurídica dentro de la nulidad?*⁵⁹ Si faltare alguno de los requerimientos esenciales para la existencia de un acto jurídico, como el consentimiento, o si el objeto fuera imposible estaríamos ante la inexistencia del acto jurídico, y no ante un caso de nulidad, ya que un acto inexistente no puede ser calificado como válido o nulo; sólo los actos existentes admiten ésta calificación, ya que, el presupuesto de toda nulidad, es que primero el acto jurídico haya existido jurídicamente. Emilio Betti estima que para calificar de nulo a un negocio, primeramente, como presupuesto de hecho, debe existir y ocasional o provisionalmente produzca algún efecto.⁶⁰ Guillermo Borda estima también que la inexistencia *no es un apartado* de la teoría de las nulidades, éstas suponen un *substrato real*, un algo que pueda declararse nulo; no podría ser anulado lo que no tiene *substratum real*.⁶¹ En cuanto los elementos esenciales o de existencia podríamos hacer la distinción en función del aspecto positivo y negativo de ésta última. Si hablamos del aspecto positivo, es decir, de la *existencia*, esta sería el género, luego vendría la validez o la nulidad como especies, ya que sólo son válidos o nulos los actos jurídicos que previamente existen; sin embargo, desde el plano negativo, es decir, de la *inexistencia*, no se puede establecer la misma relación, ya que un acto inexistente jurídicamente es la nada *¿la nada jurídicamente hablando podría comprender algo?* Por ésta razón, no es posible comprender a la inexistencia dentro

⁵⁹ ¿Puede comprenderse dentro de la invalidez la inexistencia jurídica? ¿Habría invalidez por la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico, como sería, por ejemplo, la falta de consentimiento? Es decir, la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico, como sería, por ejemplo, la falta de consentimiento. No, responden algunos. La inexistencia jurídica no puede comprenderse en la noción de invalidez, pues sólo un acto existente puede ser válido o inválido. VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 165. También así lo describe VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 319

⁶⁰ Cfr. BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 352 y ss.

⁶¹ Cfr. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 543

de la invalidez, ni tampoco a la invalidez dentro de la inexistencia, puesto que la invalidez supone la existencia.

3.3 La validez y la nulidad de los actos jurídicos.

Ahora bien, no basta la simple existencia del acto jurídico para su plena eficacia, sino que, para la existencia perfecta, además de existir requieren ser válidos; por ello es que *la validez y la nulidad* sean ingredientes necesarios que existen en función de los actos jurídicos e inciden en la eficacia o ineficacia de estos. La existencia imperfecta de los actos jurídicos se tendrá cuando se han satisfecho los elementos esenciales pero no los de validez; por tanto, la existencia imperfecta de los actos se identifica con la nulidad.

Guillermo Borda concibe a la nulidad como una “sanción legal” por la que se despoja al acto de las consecuencias naturales que debe producir, en razón de una causa inicial coexistente al tiempo de su otorgamiento. Sus rasgos son: a) La nulidad debe estar fundada en la ley. b) Por la nulidad *se priva al acto de sus consecuencias que le son naturales*. c) *El origen de la sanción de nulidad, es un acontecimiento o hecho coetáneo a su celebración*.⁶² Por lo tanto, la nulidad es la consecuencia atribuible a aquellos actos jurídicos que *desde el momento mismo de su celebración*, no han satisfecho los requisitos que para la validez de los mismos exige el orden jurídico. Es importante subrayar el momento en que se considera que debe existir la causa generadora de la nulidad, -según Vodanovic- es *en el momento mismo que se celebra el contrato y no después*.⁶³ En síntesis, es el derecho positivo quien tiene la tarea de señalar las condiciones que deben reunirse para el acto jurídico exista de manera perfecta. En el vigente derecho civil mexicano, se consideran como elementos de validez: la capacidad jurídica de las partes o del autor según se trate de un acto jurídico o de un contrato; que la voluntad o consentimiento esté ausente de vicios; la formalidad; y por último, que el objeto sea lícito.

La **ratio iuris de la nulidad** -expresa Alessandri-, se apoya en la necesidad de salvaguardar los intereses y derechos de los sujetos que celebran los actos jurídicos, estableciéndose determinados requerimientos o condiciones para impedir arbitrariedades o abusos en su celebración, requisitos *sine qua non* se produce la nulidad de dichos actos.⁶⁴ Debemos ser aún más precisos, ya que existen dos especies de nulidad: la absoluta busca la tutela de los intereses públicos, del orden público; la

⁶² Cfr. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 535

⁶³ La ausencia del requisito o el vicio de éste que produce la nulidad debe existir al momento de la celebración o realización del acto, y no posteriormente. VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, *op. cit.*, p. 179

⁶⁴ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, *op. cit.*, p. 19

relativa sólo la de los intereses particulares⁶⁵ de los contratantes. Por lo que la primera sería irrenunciable,⁶⁶ y se discute si la segunda pudiera serlo.

¿Cuál es la relación que se produce entre la ineficacia y la nulidad? Hay juristas –señala Parra Lucán–, que emplean de manera indistinta las nociones de ineficacia y de nulidad; dicha indistinción es irrelevante pues en efecto la nulidad es una especie. Empero, parece preferible distinguir ambos conceptos: ineficacia quiere decir que el acto no engendra ningún efecto o que no produce los efectos que corresponden a su contenido; la invalidez del contrato depende de su adecuación o no al ordenamiento jurídico que señala los requisitos que debe reunir para ser válido: si el contrato no se ajusta a esas normas no será válido.⁶⁷ *La invalidez conlleva a la ineficacia del acto*, en efecto –reflexiona Vial del Río–, si la razón por la que se despoja al acto de sus efectos, es por imperfecciones o carencias intrínsecas estamos ante una invalidez, y por tanto también ante una ineficacia.⁶⁸ Al respecto escribe Robles Farías: “Los actos nulos son ineficaces o están afectados de ineficacia, por lo cual nunca producirán efectos de derecho o tarde o temprano se verán privados de los mismos. Como se aprecia, la ineficacia es el género y la nulidad la especie. La nulidad de un acto jurídico producirá necesariamente su ineficacia, pero no al contrario, pues la ineficacia puede deberse a razones totalmente distintas a la nulidad, como las ineficacias supervenientes...”⁶⁹ De lo anterior advertimos que se produce una correspondencia de género a especie, donde la ineficacia es el género y la nulidad es la especie, pues, todo acto nulo es ineficaz, aunque no todo acto ineficaz lo es necesariamente en virtud de la nulidad.

En tratándose del concepto de invalidez en los negocios, Emilio Betti puntualiza que es llamado “inválido” el negocio que está viciado o es carente de algún presupuesto indispensable para el mismo o le falta algún elemento constitutivo. La invalidez tiene que ver con la idoneidad del negocio para engendrar consecuencias o ser privado de ellas; deviene de una correlación lógica derivable de contrastar *los requisitos* exigibles para el negocio y *los efectos* que derivan del mismo; por tanto, la invalidez es a la vez una sanción que limita a la autonomía de la voluntad, cuando se desconocen los efectos pretendidos.⁷⁰ No compartimos ésta noción de invalidez, o al menos no resulta aplicable al derecho mexicano, ya que en ella se comprende a la falta de presupuestos esenciales y los elementos esenciales de los actos jurídicos, ésta noción por tanto, no sería apropiada para la invalidez o nulidad, sino más bien, para la inexistencia del acto jurídico.

⁶⁵ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford University Press, México, 1999, p. 105

⁶⁶ La nulidad es irrenunciable. Las reglas que el Código Civil da de la nulidad, destinadas a proteger intereses superiores, como es el orden público, son irrenunciabiles por las personas que intervienen en la celebración o ejecución de los contratos y demás actos jurídicos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, *op. cit.*, 2010, p. 20

⁶⁷ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos*, Cuaderno II, Universidad de Zaragoza Dykinson, Madrid, 2010, p. 141

⁶⁸ Cfr. VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 319

⁶⁹ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 355

⁷⁰ Cfr. BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 349

Referente a los actos válidos e inválidos o nulos hacemos las siguientes consideraciones:

Un contrato es válido cuando reúne favorablemente tanto los elementos esenciales y los de validez; será nulo, en cambio, si reúne los primeros, pero adolece de los últimos. “Un contrato o negocio jurídico es válido –refiere Diego Robles– si cumple con los requisitos señalados por la ley, los cuales, como fácilmente se comprenderá, son necesarios para la producción de los efectos de derecho. Serán nulos los actos que adolezcan de alguno de esos elementos.”⁷¹ Alessandri concibe a la nulidad como una sanción prescrita por el ordenamiento jurídico ante la falta de formalidades y requerimientos exigidos para la validez del acto, exigidos por las leyes, desconociéndole sus efectos jurídicos como si no se hubiere celebrado.⁷² De lo anterior, derivamos que la omisión o insuficiencia de los elementos que el ordenamiento jurídico exige para la validez del acto produce su invalidez o nulidad. Ahora bien, estos requisitos señalados por el derecho civil mexicano son: *que no haya de vicios en la externación de la voluntad; que el autor o las partes sean capaces; que la voluntad se exprese de la forma exigida; y, que el objeto sea lícito*. Cuando falta alguno de ellos, el acto jurídico estará afectado de invalidez que podrá ser absoluta o relativa según el supuesto o supuestos que se actualicen.

La *naturaleza jurídica de la nulidad* es la de ser *una sanción civil*, cuyo propósito es *dejar sin efectos a los actos jurídicos* que adolezcan de alguno o algunos de los requisitos que la ley impone como necesarios para su validez. Esta sanción –señala Alessandri– es un castigo de naturaleza civil, y por tanto atentos al principio que predica: “*nulla poena sine lege*”, debe estar prescrita explícitamente en la ley, sin admitir interpretación extensiva, ni integración por analogía o mayoría de razón.⁷³ Las consecuencias esenciales de la nulidad para las partes consisten en que *ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto anulado*, ya que en eso estriba la sanción, en que no produzca efectos; y si además el negocio ya había sido ejecutado –aclara Stolfi–, las cosas deben reponerse volviendo al estado previo que tenían como si no se hubiera celebrado.⁷⁴ En suma, las consecuencias o efectos de la nulidad son: 1º *dejar sin efectos* el acto jurídico que se había celebrado; 2º *retrotrayendo* sus efectos al momento en que se celebró el acto anulado, sobre éste aspecto que se está tratando Gershi puntualiza que la consecuencia de la nulidad es retrotraer la situación al estado que guardaban previo a su celebración, *excepto que la naturaleza de las prestaciones lo impida, o del intereses del tercero adquirente a título oneroso*

⁷¹ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 355

⁷² Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, *op. cit.*, p. 20

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Cfr. STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Trad. Jaime Santos Ruiz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 88 y 89

de buena fe.⁷⁵ y 3º como consecuencia de lo anterior, también trae aparejada *la restitución* de las prestaciones que se hubieren dado las partes.

Por último, si se considera a la nulidad como sanción impuesta por el ordenamiento jurídico, entonces las normas relativas a las nulidades deberán ser consideradas como normas taxativas; son de estricto derecho; por ende, sólo la ley puede establecer nulidades; no podrían ser renunciadas de manera anticipada; no pueden interpretarse por analogía; y, no pueden tampoco aplicarse analógicamente.⁷⁶

4.4. La nulidad en el Derecho Romano.

Resulta importante conocer el tránsito que se da de la *restitutio in integrum romana*, a la nulidad romana, y de allí, a la acción de nulidad contemporánea. Considera Ruggiero que la acción de nulidad comprende tanto a *la rescisión como a la restitución*.⁷⁷ Situación que no compartimos ya que la rescisión y la nulidad, si bien es cierto son formas de ineficacia, también lo es, que cada una de ellas se distingue por los requisitos que las motivan. La nulidad procede cuando faltan elementos de validez; la rescisión por incumplimiento de obligaciones; la nulidad obedece a situaciones que se presentan desde el instante de la realización del acto jurídico o contrato; la rescisión nunca tiene que ver con la estructura, pues se rescinden actos válidos por incumplimiento de las obligaciones que de ellos subyacen, y ese incumplimiento es posterior a la celebración del mismo.

Al igual que el apartado anterior partiremos de lo general a lo particular: primero de *la ineficacia*, luego a *la nulidad y anulabilidad* en el Derecho Romano. En el derecho romano no se observa una teoría sobre la inexistencia. No obstante, la ineficacia sí se reconoció en éste –evidencia Morineau–, cuando se actualizan *causas por las cuales el negocio jurídico no surta los efectos deseados, trayendo como consecuencia la ineficacia del negocio*.⁷⁸ El ius-romanista mexicano Sabino Ventura Silva nos precisa que, por ineficacia de un negocio jurídico –también en el contexto del derecho romano–, se entiende “*su carencia de efectos jurídicos*”. La invalidez puede asumir dos formas: *la*

⁷⁵ Cfr. GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 297

⁷⁶ Las nulidades, como quiera que constituyen una sanción, son de derecho estricto. Sólo existen las nulidades que expresamente consagra la ley. No pueden aplicarse ni interpretarse por analogía. La nulidad sólo puede emanar de una disposición legal que específicamente la señale. Así sucede: 1) cuando la ley declara que un determinado acto es nulo, y 2) cuando la ley *prohíbe* un acto y no designa expresamente una sanción distinta de la nulidad para el caso de contravención. VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, op. cit., p. 179

⁷⁷ Mientras el Derecho romano proveía para casos análogos con la institución de la *restitutio in integrum* y el antiguo Derecho francés con las *lettres de rescission*, el derecho civil moderno reacciona contra la acción de anulación (art. 1.300, impropriamente llamada acción de nulidad) que es al propio tiempo acción rescisoria y acción de restitución. RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p.312 y ss

⁷⁸ MORINEAU IDUARTE, Marta, et al. *Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2003, p. 176

nulidad que ocurre cuando la falta de existencia del negocio se produce por sí misma, es decir, nació sin vida y no necesita que se declare; y *la anulabilidad*, que acontece cuando el negocio teniendo existencia jurídica, adolece, sin embargo, de un vicio o defecto que puede dar lugar a pedir su anulación.”⁷⁹ La ineficacia en relación al negocio jurídico se equipara al organismo humano, indica Eugene Petit: “El negocio jurídico es *como un organismo*: puede *nacer muerto (inexistencia) o no viable (nulidad)*.”⁸⁰ Igualmente *–aclara el mismo autor–* que es posible que tenga una *constitución enferma (Anulabilidad)* suceptible de sanar súbitamente mediante la ratificación, confirmación o revalidación.

Hay poca influencia del derecho romano en materia de ineficacias;⁸¹ realmente en el derecho romano no había una teoría general de la ineficacia. Para los romanos no había diferencia entre inexistencia y nulidad; y más aún, en el derecho romano no se desarrolló la teoría de la inexistencia. Un negocio jurídico que era ineficaz, carecía de efectos jurídicos; así, expone Ventura Silva que la invalidez tenía las especies de “la nulidad” y “la anulabilidad”; “la primera se daba cuando la falta de existencia del negocio se producía por sí misma, es decir, nació sin vida y no necesita que se declare; y la anulabilidad, que acontece cuando el negocio teniendo existencia jurídica, adolece, sin embargo, de un vicio o defecto que puede dar lugar a pedir su anulación”.⁸² De lo que tenemos que en el derecho romano, la inexistencia tal y como en la actualidad es concebida, era incluida en el concepto de nulidad, ya que como se aprecia, la falta de elementos esenciales engendraba la nulidad, que además, operaba *ipso iure* no siendo menester la declaración del pretor.

Sabino Ventura estima que si bien, en el Derecho Romano no se desarrolló una teoría general sobre la ineficacia; no obstante *–señala el autor–* “se pueden citar Como casos de *nulidad radical* los siguientes: a) Imposibilidad de la prestación, b) contenido inmoral. c) Infracción legal. d) Imposibilidad de la condición. e) Falta de capacidad jurídica o de obrar, aun cuando los subordinados al jefe de familia podían realizar negocios válidos para ésta. f) Vicios o defectos formales. g) Vicios de voluntad”.⁸³ Se califican como casos de nulidad radical ya que a diferencia de la anulabilidad, en estos casos la nulidad operaba *ipso iure*, mientras que en la anulabilidad, se requería de *declaración pretoriana*.

Pasando de la ineficacia a la nulidad, no obstante que el Derecho Romano no logró confeccionar una teoría ordenada de ésta última (nulidad); sin embargo su

⁷⁹ VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado*, PORRÚA, México, 1985, p. 276

⁸⁰ MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, ESFINGE, México, 1999, p. 365

⁸¹ A diferencia de otras materias, la influencia del Derecho romano en las ineficacias ha sido menor y tal vez ello explica que el Derecho comparado haya desarrollado una teoría de las ineficacias más dúctil y precisa que la que prima en nuestro país. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 121

⁸² VENTURA SILVA, Sabino, *op. cit.*, p. 276

⁸³ *Ibidem*. p. 276 y 277.

soporte se halla en el mismo.⁸⁴ Por lo que es posible afirmar que a partir del derecho romano se gesta el tema de las nulidades, es donde se inicia y desarrolla la materia de las nulidades; si bien, no se contempló la inexistencia de los actos jurídicos, ya desde entonces se distinguió entre nulidad y anulabilidad. *“La teoría de las nulidades – describe Planiol en alusión a su origen romano– es una de las menos claras que hay en el derecho civil. Sin embargo, debería ser muy sencilla, y poseía esa sencillez perfecta en los primeros tiempos del derecho romano, el acto nulo no existía desde el punto de vista de la ley, no tenía existencia ni producía efectos; no había nada.”*⁸⁵ En el derecho monárquico y republicano fue muy sencilla, bastaba una sola máxima “lo que es nulo, ningún efecto produce”, fue hasta el derecho imperial cuando se complicó.

¿Cómo operaba la nulidad? Para ello debemos partir de los elementos esenciales del contrato. Guillermo Floris Margadant,⁸⁶ Sabino Ventura Silva,⁸⁷ y Martha Morineau Iduarte,⁸⁸ coinciden en señalar que los elementos esenciales del contrato romano fueron los siguientes: *sujetos, consentimiento, objeto, causa y forma*. Eugene Petit señala que son *el consentimiento, la capacidad y el objeto*.⁸⁹ según Bernard Mainar *el consentimiento, el objeto, la capacidad y la causa* son sus elementos.⁹⁰ En suma, para la existencia del contrato romano, se requería de un consentimiento otorgado por personas capaces, con un objeto o prestación y su causa hubieran sido definidos, y emitido de la forma exigida por el derecho romano. Sin embargo, en el momento en que se celebra es cuando se juzga la validez o nulidad del mismo. *“La regla fundamental –precisa Morineau– es que en el momento de la celebración del negocio jurídico, los elementos esenciales del contrato deberán estar completos y exentos de cualquier vicio.”*⁹¹ El acto nulo no engendra consecuencia de derecho alguna y lo es ipso iure; la anulabilidad requirió declaración pretoriana; pero una vez obtenida ésta, surte efectos retroactivos. En la época imperial se diferenció entre la nulidad derivada del ius civile que siguió operando de pleno derecho, pero surgió una nueva clase de nulidad; la nulidad pretoriana, que era excepcional y sólo operaba como tal, cuando el pretor así lo decretaba en la sentencia.

⁸⁴ “Concluyendo, el Derecho Romano no elaboró una teoría orgánica en materia de nulidad de los actos jurídicos, pero, a pesar de ello encontramos en la sabiduría de sus normas los cimientos que permitirían, con el correr de los siglos, elevar el edificio de la teoría y de sus efectos.” RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 875

⁸⁵ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, (Trad. Leonel Pereznieta Castro, Oxford University Press, México, 2004, p.54

⁸⁶ Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris. *op. cit.*, p. 317.

⁸⁷ Cfr. VENTURA SILVA, Sabino, *op. cit.*, p. 276

⁸⁸ Cfr. MORINEAU IDUARTE, Marta, et al. *op. cit.*, p. 169.

⁸⁹ Cfr. PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, (Trad. José Ferrández González), México, Porrúa, 1986, p. 325

⁹⁰ Cfr. BERNARD MAINAR, Rafael, *Curso de Derecho Privado Romano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 403

⁹¹ MORINEAU IDUARTE, Martha, et. al., *op. cit.*, p. 177.

En cuanto al origen romano de la nulidad, Jorge Mario Magallón Ibarra cita algunos textos que lo demuestran: “Ningún efecto debe concederse ni a los pactos ni a los convenios, ni a los contratos cuando su objeto haya sido prohibido por la ley ... porque lo que se hace contra la ley es, no solamente inútil, sino radicalmente nulo, aunque el legislador no haya previsto casos en particular ... serían igualmente nulas las consecuencias, las ejecuciones de los pactos, de los convenios y de los contratos hechos contra las leyes” Código, libro I, tit. 14, Constitución 5ª. “Los pactos convenidos contra las reglas del derecho civil son nulos” Gayo, libro II, tit. XIV. Ley 28; “La voluntad del que hierra es nula” Pomponio, Libro XXXIX, tit. III, ley 20; “Es nula la obligación de lo imposible” Celso, ley 185,”⁹² Robusteciendo lo anterior, la regla que establece “*lo que es nulo, ningún efecto produce*” se origina en el derecho pretoriano romano, y desde entonces se permitía la convalidación de determinados actos jurídicos, dando con ello cabida a la anulabilidad. En efecto, del derecho romano proviene el principio general *quod nullum est nullum producit effectum*; “sin embargo, -Ventura Silva así lo expone- dicho principio admite excepciones, esto es, cuando determinadas circunstancias devuelven al negocio su completa validez, hablándose entonces de convalidación, mediante su confirmación o ratificación. Así, un paterfamilias reconoce la deuda originada por un préstamo hecho a su hijo contra la prohibición del S.C. Macedoniano.”⁹³

Como señalábamos al inicio de éste apartado, en el derecho romano se distinguió entre nulidad y anulabilidad. Cuando faltaba alguno de los elementos esenciales estábamos en presencia de la nulidad; sin embargo, cuando existían todos y cada uno de ellos pero alguno se encontraba afectado por un vicio estábamos ante la anulabilidad.⁹⁴ ¿Quién podía invocarlas? En tratándose de la nulidad podía ser demandada por “la parte afectada o bien un tercero, que no siendo parte en el negocio jurídico se viera afectado por alguna razón. La anulabilidad sólo podrá invocarla en su favor la parte afectada.”⁹⁵

En cuanto a la evolución histórica de la nulidad en el derecho romano, Jorge Llambías relata que dentro de ese derecho romano arcaico, la nulidad era una sanción por una deficiencia de forma.⁹⁶ También Julio César Rivera así lo describe y refiere que aunque concurrieran otras deficiencias, el defecto *de forma* era la única causa de nulidad.⁹⁷ En relación a lo anterior podemos precisar que, entre los años 753 a.c. al 27

⁹² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Porrúa, México, 1990, p. 231, 234 y 235.

⁹³ VENTURA SILVA, Sabino, *op. cit.*, p. 277.

⁹⁴ Cfr. MORINEAU IDUARTE, Martha, et. al., *op. cit.*, p. 176

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ “Dentro de la comprensión simplista del derecho romano primitivo, *la nulidad era una sanción que correspondía a un defecto de forma del acto*, que si era perfecto cuando estaba revestido de las solemnidades adecuadas, pese a los vicios internos de que adoleciera, era *nulo* si padecía algún vicio de forma.” LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, *op. cit.*, p. 511

⁹⁷ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, *op. cit.*, p. 875

a.c. años en que queda comprendida la Monarquía y la República romana, a los que se les conoce como la época preclásica del derecho romano, donde prevalecía el principio de "*dura lex sed lex*", el ritualismo, también era una de las características más sobresalientes del derecho romano de esa época; por ello, tenemos que en ese periodo, la causa más común de nulidad era *la falta de forma*; se sancionaba con la nulidad a los negocios jurídicos que incumplieran con los elementos esenciales, de los cuales *la solemnidad era el más frecuente*, aunque no el único. En ésta dirección Jorge Mario Magallón menciona: "*El derecho romano preclásico se caracterizó por el ritualismo en el cual la forma revestía singular importancia, cuya inobservancia se sancionaba con la invalidez de los mismos.*"⁹⁸ Sobre las características de la nulidad en el derecho preclásico Jorge Llambías considera que la nulidad, en efecto, era un eje esencial en el formalismo como rasgo característico del derecho preclásico; sus características eran: 1º Operaba *ipso iure*, ya que debía sere verificada por el *iudex*; 2º cualquier persona con interés podía invocarla; 3º El negocio sancionado con nulidad, no se podía confirmar ni ratificar de modo alguno.⁹⁹ En ésta época *era muy simple el manejo de las nulidades* ya que operaban *ipso iure*, no requerían declaración pretoriana; si acaso intervenía el pretor, simplemente constataba la nulidad; por ende, tampoco podía confirmarse el acto nulo y cualquiera que tuviera interés jurídico podía invocarla.

Fue en el periodo del *principado* romano cuando se embrolló el tema de las nulidades, ya que sólo se reconocían las *nulidades basadas en el derecho civil*, que operaban *ipso iure*, surgieron las llamadas "*nulidades pretorianas*", que aunque inspiradas en el derecho civil, el derecho honorario tuvo que reconocerlas para así evitar injusticias; no obstante, éstas *no operaban ipso iure* pues necesitaban siempre la declaración por parte del pretor.¹⁰⁰ En efecto, el derecho honorario limitó la nulidad para aquellas situaciones que no se fundaban en el derecho civil romano y partiendo de la *bonae fidei* el pretor las dotó de protección procesal por lo que, sólo se reconoció cuando previo ejercicio de la acción el pretor la decretara así en la sentencia, y como consecuencia, se concedió la "*in integrum restitutio*" que es *-la restitución en íntegro de la prestación-*,¹⁰¹ si es que se había dado previamente. Así, se reconocían *dos especies de nulidad*, la que operaba *ipso iure* y la que sólo se obtenía cuando así *lo declaraba el pretor* previo el ejercicio de una acción. En este tenor reforzando la idea anterior Planiol alude que "*La materia de las nulidades comenzó a complicarse bajo el*

⁹⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, T. I, *op. cit.*, p. 230 y 231.

⁹⁹ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, *op. cit.*, p. 511

¹⁰⁰ "En una época muy posterior se admitió, junto a las nulidades de derecho, las nulidades pretorianas o dependientes de acción judicial. Pero antes de llegarse a este resultado fue necesario atravesar tres etapas intermedias, que correspondieron a los remedios escogidos por el pretor para reparar las situaciones injustas que la ley primitiva no reparaba." LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, *op. cit.*, p. 511

¹⁰¹ "Cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de un principio del Derecho civil, y este resultado era contrario a la equidad, podría dirigirse al pretor, solicitando de él la *in integrum restitutio*. Se llamaba así la decisión en virtud de la cual el pretor, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruía los efectos poniendo las cosas en el estado en que estaban antes." PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 692

Imperio Romano, gracias al derecho pretoriano. Como el pretor no podía anular por sí mismo los actos que el derecho civil declaraba válidos, concedía sin embargo, una especie de separación tan plena como podía hacerlo, mediante un procedimiento particular, la in integrum restitutio. Se decía que un menor, por ejemplo, era restituido o que se rescindía el contrato celebrado por él (restituitur, rescinditur). Este procedimiento (que entra en la categoría general de las acciones) fue, con la excepción de dolo, uno de los dos grandes medios que el pretor empleaba en su lucha contra el derecho civil.”¹⁰² A partir de ese momento hubo dos nulidades; la civil que operaba ipso iure y la pretoriana que necesitaba ser reconocida en una sentencia. Robusteciendo todavía lo anterior, en ésta misma orientación Jorge Magallón expone: “... para solucionar algunos conflictos surgidos de la exacta aplicación de las leyes el derecho pretoriano, fundado en la buena fe y en la equidad, se limitó a reconocer la nulidad de algunos actos sólo a condición de que el perjudicado ejercitara la acción correspondiente, de este modo en la época del imperio existían ya dos clases de nulidades: la civil, que era de pleno derecho y operaba automáticamente y la pretoriana, que requería el ejercicio de una acción judicial y la sentencia correspondiente.”¹⁰³

Tanto Jorge Joaquín Llambías, como Raymundo Salvat,¹⁰⁴ y Julio César Rivera, son juristas argentinos que coinciden en trazar tres etapas o momentos que se dieron en relación a la nulidad en el derecho romano.

1ª Etapa. *El derecho a repetir (Restitución integra)*. El acto jurídico afectado de nulidad se realizaba de manera provisional; no obstante, el perjudicado podía pedir la restitución hasta la cantidad que se hubiera sugragado en virtud del acto;¹⁰⁵ es decir, los pretores, otorgaron a la parte perjudicada en razón del vicio intrínseco, la potestad de repetir lo solventado, regresando *lo suministrado* a raíz del negocio afectado.¹⁰⁶

2ª Etapa. Se acataban los efectos del acto viciado y en cambio, *-explica Julio César Rivera-*, se imponía una multa por cuatro tantos de su monto; es decir, no se sanciona con la nulidad, en cambio, se aplica al beneficiado del mismo una rigurosa sanción. *“Teóricamente, el acto queda intacto; prácticamente, se enervan sus efectos;”*¹⁰⁷ es decir, se respetan sus efectos, pero si había *intimidación*, el pretor imponía una multa que podía llegar hasta cuatro veces de su valor.¹⁰⁸

3ª Etapa. *(Nulidad pretoriana da un nuevo alcance)* dejar sin efecto el acto desligando a las partes. Marcó un avance decisivo cuando el pretor a través de la

¹⁰² PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil, op. cit.*, p.54

¹⁰³ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, T. I, op. cit.*, p. 231

¹⁰⁴ Vid. SALVAT, Raymundo Miguel, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Obligaciones en General*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935

¹⁰⁵ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte general, Tomo II, op. cit.*, p. 875

¹⁰⁶ Cfr. LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II, op. cit.*, p. 511

¹⁰⁷ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte general, Tomo II, op. cit.*, p. 875

¹⁰⁸ LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II, op. cit.*, p. 511

restitutio, exterminó la eficacia del acto viciado; así, declarada la nulidad, las partes quedaban desligadas del nexo jurídico que las unía.¹⁰⁹ En palabras de Llambías considera básicamente lo mismo, y agrega que sus características eran: 1º) La nulidad se subordinaba a la valoración judicial; 2º) se procura la tutela del sujeto afectado, por ello es que únicamente éste podía demandarla; 3º) se extinguía con la confirmación.¹¹⁰ Basados en la tercera etapa, en el Bajo Imperio romano, es decir, a partir del imperio absoluto que comienza con el Emperador Diocleciano, surge el nuevo concepto de nulidad romano, la nulidad es más semejante a como hoy en día se concibe, pues, ahora *no opera ipso iure* ya que requiere declaración pretoriana.¹¹¹

En efecto, fue en el derecho pretoriano a partir de *la exceptio doli* que se buscaba dejar sin efectos al negocio en que había dolo y además como consecuencia se pretendía la *restitución de la cosa*. El derecho honorario se conformó por todas aquellas resoluciones pretorianas y los delitos privados en el Derecho honorario romano fueron *la rapiña, la intimidación, el dolo y el fraud creditorum*. En el caso de éstos dos últimos una de las posibilidades que tenía la víctima, era reclamar la *in integrum restitutio*.¹¹² Sobre las causas que daban lugar a la petición de restitutio in íntegrum Alessandri explica que: “fueron posteriormente clasificadas y publicadas en el Edicto del Pretor. Llegaron a ser las siguientes: *violencia, dolo, error excusable, ausencia necesaria, capitis diminutio y menor edad*.”¹¹³

¿Cómo y ante quien se tramitó la *in integrum restitutio*? La restitución se tramitó bajo el procedimiento *per fórmulas* cuyo origen derivó del derecho honorario y surgió aproximadamente en el año 150 D.C.¹¹⁴ ante el rechazo del pueblo romano en relación al procedimiento *legis actiones*.¹¹⁵ Dicha acción se tramitó ante los llamados *magistrados superiores* tales como los pretores urbanos o peregrinos, los gobernadores de provincia y el propio emperador, considerados así ya que poseían el *imperium* y la potestas.¹¹⁶ Sobre el particular Eugene Petit refiere: “la *in integrum restitutio* se

¹⁰⁹ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, *op. cit.*, p. 875

¹¹⁰ Cfr. LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, *op. cit.*, p. 511

¹¹¹ Es pues en este tercer sistema, cuando verdaderamente surge el nuevo concepto de nulidad (que no existe de pleno derecho); e incluso es en ese momento que comienza a formarse la simiente de la clasificación de las nulidades que luego, ya en el Derecho del Bajo Imperio, aunque en forma imprecisa, se plasmó en el *Corpus Iuris Civilis*. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, *op. cit.*, p. 875

¹¹² Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 444 Y 445

¹¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, *op. cit.*, p. 174

¹¹⁴ Cfr. BERNARD MAINAR, Rafael, Eugene, *op. cit.*, p. 215

¹¹⁵ El procedimiento formulario fue usado desde la mitad de siglo II a.C. hasta el siglo III d.C. Cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *Cuadros Gráficos y Test de Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 217, y MORENO MARTÍNEZ, José Luis, *La Luz de los Padres. Temas Patrísticos de Actualidad Eclesial*, Instituto Teológico San Ildefonso, Toledo, 2005, p. 171.

¹¹⁶ El *imperium* era el poder de mando ya civil ya militar, y la Potestas era toda forma de autoridad reconocida por el derecho, podían decir el derecho y hacer observar sus prescripciones incluso mediante la coerción. Cfr. CHRISTOL, Michel, y NONY, Daniel, *De los Orígenes de Roma a las Invasiones Bárbaras*, Ediciones Akal, Madrid, 2005, p. 45.

desarrolló bajo el procedimiento formulario, lo mismo que los interdictos, no encontrándose ningún trazo cierto bajo las acciones de la ley. Siendo una emanación del imperium, sólo podría ser promovida por los magistrados superiores que estaban de él investidos; tales como los pretores en Roma, los gobernadores en provincias, y más tarde el prefecto de la ciudad, el prefecto del pretorio y el emperador.”¹¹⁷.

Referente al plazo para solicitar la *restitutio in integrum* nos precisa Alessandri que no se podía solicitar sino durante el término de un año útil, contado a partir del momento en que era posible pedirla; este plazo fue aumentado por Justiniano hasta cuatro años continuos. Por ser ésta subsidiaria y una situación de excepción, el magistrado no daba curso a la demanda sino después de haberse asegurado que el caso reunía las condiciones exigidas.¹¹⁸ Sobre estas condiciones o requisitos exigidos para la *procedencia* de la *in integrum restitutio* –señala Eugene Petit– “Como la anulación de un acto válido civilmente era algo excepcional, para la procedencia de esta acción era necesaria la coexistencia simultánea de estas *cuatro circunstancias*:

- 1º) Que el acto o contrato que se pretendía atacar fuera causante de una *lesión* de cierta *importancia*;
- 2º) Que el lesionado no tuviere a su disposición *ninguna otra acción* civil o pretoriana, porque la *restitutio in integrum* “tenía siempre un *carácter subsidiario* y al mismo tiempo pasaba por ser una vía de favor y de último recurso: tenía carácter subsidiario en el sentido de que ella se concedía únicamente a falta de todo otro medio, y por eso tenía carácter de favor; pero era especialmente el último recurso de que disponía la víctima para hacerse devolver sus bienes que ella había enajenado injustamente”;
- 3º) Que, entre los hechos sometidos a su decisión, el magistrado encontrara una *causa particular que legitimara* aquélla, y
- 4º) Finalmente, que se ejercitara dentro del *año siguiente* al momento en que podía hacerse valer, plazo que, según vimos, fue ampliado por Justiniano a cuatro años.”¹¹⁹

De lo anterior tenemos lo siguiente: del principio *bonae fidei* y del derecho civil romano que aparecen como fundamento el primero y como modelo el segundo, en el cual se inspiran y del que parten los pretores, para evitar injusticias ante aquellos casos en los que ante una afectación grave, no se gozaba de la protección procesal,

¹¹⁷ PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 692

¹¹⁸ Cfr. PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 692 y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, *op. cit.*, p. 174

¹¹⁹ PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 768

para que en el caso de que se le justificara la causa legítima de agravio, para volver las cosas a la equidad decretaba la restitución en íntegro.

4.5. Teorías de la nulidad en el Derecho Francés.

Resulta obligado el estudio de estas teorías, habida cuenta que es notoria la influencia de la teoría de las nulidades del derecho francés en la teoría de las nulidades mexicana; sobre todo, la de Bonnecase que es en la que se basaron los redactores del código civil mexicano, aunque habrá que reconocer que no se copió de manera íntegra, pues el legislador mexicano le dio características específicas como se expondrá más adelante. Se parte desde el Código de Napoleón; se explica la Teoría clásica o tradicional de Aubry et Rau, y la de Planiol & Ripert; la Tesis de Japiot; la Tesis de Piedelievre, para terminar con la Teoría de Bonnecase.

4.5.1 Antecedentes.

En el Código de Napoleón no se contemplaba ni se refería incluso **la inexistencia** “...en el Código de Napoleón no existe esta figura. El precepto que en términos generales se ocupa de las nulidades es el 1108, que dispone: “*Para la validez del contrato son esenciales cuatro condiciones: El consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad para contratar; un objeto que constituya la materia de la obligación; una causa lícita en la obligación* “. A partir de éste texto se hizo el texto de las nulidades.”¹²⁰ De lo que se advierte que no se contempla la inexistencia, por ello es que se ha expresado que en materia de ineficacias, el Código de Napoleón fue bipartita. Sólo se consideró a **la nulidad y anulabilidad**. Pero resultó insuficiente y se complementó con la inexistencia; así lo expresa Alicia Elena Pérez Duarte: “Para la legislación francesa ésta teoría –la bipartita- resultó incompleta de ahí que surgiera el concepto de inexistencia y, con él, la teoría tripartita. Esta teoría contempla la inexistencia y la nulidad tanto absoluta, o de pleno derecho, como la relativa o anulabilidad”.¹²¹

Fue **la teoría clásica de las nulidades** la más importante. Entre sus representantes encontramos a **Planiol & Ripert**, **ésta teoría fue tripartita** ya que consideró tres categorías: los actos anulables, los actos nulos y los inexistentes. “en la teoría de las nulidades de Planiol –*escribe José Montiel*–, la terminología emplea los conceptos de anulable, nulo e inexistente, a las que corresponden respectivamente *el acto anulado por sentencia, el acto nulo por disposición de ley, y al que no llegó a existir*, por ende, la ley ni siquiera requiere anular.”¹²² Esta teoría clásica “asimilaba *al contrato a un organismo* y la *nulidad como una cualidad del contrato*. Las consecuencias que derivan de ellos son las siguientes: el acto puede **nacer “muerto”**;

¹²⁰ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1993, p. 27

¹²¹ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, “Nulidad de los Actos Jurídicos”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I-O*, UNAM, México, 1996, p. 2233

¹²² MONTIEL RODRÍGUEZ, José, *op. cit.*, p. 93 y ss

por lo tanto no existe, es la nada jurídica. No produce ningún efecto de derecho y cualquiera puede desconocerlo. O bien el acto **puede nacer “enfermo”**, luego bien es susceptible de “curarse” por su confirmación. El acto existe, produce efectos y solamente puede ser declarado nulo por un juez a instancia de ciertas personas. En suma, es un acto anulable... La teoría clásica es criticada fuertemente por Japiot en su tesis doctoral *“Des nullités en matiere d’actes juridiques”* (De las nulidades en materia de actos jurídicos) presentada en Dijón, Francia, en el año de 1909.”¹²³ Según Japiot el formalismo de la teoría clásica identifica a la inexistencia con la nulidad absoluta, llamada con el nombre de actos nulos, ya que para Japiot, los efectos jurídicos que la teoría clásica otorga a los actos nulos (de nulidad absoluta) son prácticamente los mismos que los que corresponden a los actos inexistentes. Hubo otras teorías que la atacaron como la de Gaudemet, la de Piedelievre, y la de Bonnecase, de las que a continuación expondremos sólo las más importantes.

4.5.2 Teoría clásica o tradicional (Aubry et Rau, Planiol & Ripert,).

Entre sus precursores tenemos a Planiol & Ripert, Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau, y Colín et Capitant. Dicha teoría concibe tres categorías de ineficacia: la inexistencia, los actos nulos y los actos anulables.¹²⁴

4.5.2.1 La inexistencia del acto

Conforme a ésta teoría será **acto inexistente** si no concentra los ingredientes de facto imprescindibles conforme a su naturaleza u objeto, cuya carencia, impide comprender su existencia.¹²⁵ Planiol & Ripert consideran que no existe jurídicamente un acto si adolece de un componente indispensable para su formación, de modo tal que no puede engendrarse si llegare a faltar. “Sólo debemos ocuparnos de los actos inexistentes, cuando éstos se hayan cumplido de hecho y se rinda su prueba: son naturalmente inexistentes los actos que nadie haya realizado jamás; pero ninguna persona se ocupa de ellos, en tanto que *hay actos que pueden existir en apariencia y cuya prueba se rinde, pero que jurídicamente son inexistentes.*”¹²⁶

BAUDRY-LACANTINERIE refiere que el acto inexistente realmente no se ha formado ya que carece de un elemento fundamental que constituye al ente, esencial para su existencia; por tanto, a la luz de la ley no existe, “*es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, porqué organizar la teoría de la nada.*”¹²⁷ Ejemplificándolo con la compraventa BAUDRY-LACANTINERIE describe que en

¹²³ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al Derecho Mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1981, pp. 98 y 99

¹²⁴ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2001, p. 94

¹²⁵ Cfr. AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, t.I, párrafo 7, págs. 118 y 119, en *Idem*.

¹²⁶ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil, op. cit.*, p.59

¹²⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil, 9e-*, t. I, números 102-12, en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 95

todo “acto jurídico” la voluntad resulta ser sustancial; su falta hace que no exista el acto; lo mismo resulta de indispensable “el precio” como objeto en la venta, una venta sin precio no existe como tal.¹²⁸

Borja Soriano estima que es en base a la teoría de Planiol & Ripert, por la que podemos juzgar que los requisitos indispensables para la existencia del acto jurídico o contrato son: *la manifestación de voluntad* para los actos jurídicos unilaterales, y *el consentimiento* para los contratos; *el objeto* que va en función del tipo de acto jurídico o contrato que se realice; y *la solemnidad* para aquellos casos en que se requiere como elemento constitutivo del acto. Sobre los dos primeros de ellos bajo el epígrafe de caso de inexistencia del acto señalan: “Los elementos imprescindibles cuya ausencia implica la inexistencia del acto son de dos clases. Uno es de necesidad general, común a todos los actos jurídicos: *el consentimiento, y más bien, la voluntad*. El acto jurídico es por definición, un acto voluntariamente realizado con objeto de producir los efectos de derecho; si esta voluntad no existe, tampoco existirá el acto mismo. Por tanto, *la ausencia total de consentimiento es un primer caso de inexistencia verdadera* de los actos jurídicos... Los otros elementos imprescindibles para la existencia del acto varían según las diversas especies de actos, y respecto a cada una de ellas están determinados por su definición particular; por ejemplo, el precio en la venta; si dos personas han querido celebrar una venta, omitiendo fijar el precio, no existe aquella, anda se ha realizado.”¹²⁹ Bajo el título de “de la *falta de solemnidad* de los actos solemnes”, “por lo general, se considera como una *causa de inexistencia*, la ausencia de forma solemne que la ley exige para ciertos actos. Aplicando literalmente la antigua regla: *forma dat esse rei*, se piensa que el acto realizado sin las formalidades legales, se considera *como si nunca hubiera sido hecho*, pues no ha sido revestido con la forma que la ley impone.”¹³⁰

4.5.2.2 Diferencia entre los actos inexistentes y los actos nulos

En cuanto a **la nulidad** en ésta teoría clásica, nos refiere Borja Soriano basado en la concepción de Baudry-Lacantinerie y la de Planiol, se concibe contrario al acto inexistente, el nulo es existente, pero la ley lo priva de efectos.¹³¹

Según Borja Soriano, son **Planiol & Ripert** quienes marcan la *diferencia entre inexistencia y nulidad*. El acto inexistente no requiere anulación. Inexistencia y nulidad son incompatibles, pues sólo se anula lo que existe; lo que no existe, no puede ser anulado. “Por ello *debe evitarse emplear, la palabra inexistente para aplicarla a los actos anulados* por la ley; el término *nulo de pleno derecho* es más

¹²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil*, 9e-, t. I, números 102-12, COLIN ET CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Française, entièrement refondu et mis à jour par Julliot de la Morandière*, t. I, núms. 68, en *Idem*.

¹²⁹ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, op. cit., p.59

¹³⁰ Cfr. *Idem*.

¹³¹ BORJA SORIANO, Manuel, op. cit., p. 95

claro y exacto.”¹³² En base a estas ideas, la teoría clásica propuesta por **Planiol & Ripert**, *un acto inexistente al ser la nada jurídica, por lo mismo no necesita ser anulado; sólo se anulan los actos existentes, por ello es que un acto inexistente no puede ser anulado*; sin embargo, la introducción de la palabra “nulo de derecho” o ipso iure en el sentido de que el acto nulo no necesita declaración judicial, *lejos de mejorar el problema lo empeora*, pues tampoco la inexistencia conforme a esa teoría debe ser declarada por el juez.

4.5.2.3 Los actos nulos

Conforme a **BAUDRY-LACANTINERIE**, los actos nulos pueden ser de dos categorías: los “*nulos ipso iure o de pleno derecho*”; y, los “*anulables*.”¹³³ **Planiol** los denomina “*actos nulos de derecho*” y considera que *la nulidad de pleno derecho es la verdadera nulidad*, a diferencia de la simple anulabilidad; la primera impide que las prohibiciones legales puedan ser violentadas, estableciendo esa sanción para los casos de quebranto a las mismas su consecuencia es la nulidad; y precisan que “la simple anulabilidad es una excepción que sólo se aplica a ciertos casos y por causas determinadas. Por tanto, deben señalarse los casos en que esta clase de nulidad se produce: más tarde bastará indicar las excepciones que admite. Si no nos hallamos en uno de los casos excepcionales, en que el acto es simplemente anulable, se trata de una nulidad de pleno derecho.”¹³⁴

Sobre el “*acto nulo de pleno derecho*” considera **Planiol** que no engendra los efectos pretendidos en ningún momento, por tanto, no necesita ser declarado judicialmente, no obstante en caso de controversia sobre este punto, el juez se ceñirá a comprobarla; no deberá decretarla.¹³⁵ *En suma, para Planiol, el acto nulo no produce ningún efecto ni aun de carácter provisional y no necesita declaración del juez; si mediara intervención judicial, el juzgador meramente la constatará.* Partiendo del pensamiento de Planiol, sólo son nulos de pleno derecho, aquellos actos que el legislador atribuya esa consecuencia; el que sean nulos de pleno derecho implica que la nulidad opera *ipso iure*, por ministerio de ley, por tanto no requieren declaración judicial. En éste sentido, Planiol puntualiza que “la nulidad de pleno derecho sólo puede ser obra directa del legislador, único facultado para nulificar lo que se haya realizado. Por tanto, no es necesario ejercitar una acción de nulidad, ni tampoco que los tribunales anulen ese acto, que la ley no reconoce; ésta se ha encarado de ello. No obstante, si surge una dificultad sobre la validez del acto, de manera que se ponga en duda la nulidad, será necesario promover un juicio, porque nadie puede hacerse

¹³² PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil, op. cit.*, p.59

¹³³ Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil, 9e-*, t. I, números 102-14, en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 95

¹³⁴ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil, op. cit.*, p.56

¹³⁵ PLANIOL et RIPERT; *Traité Practique de Droit Civil Francais*, t. I, núms. 338 y 339, en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 96

justicia por sí mismo; pero el juez se limitará a comprobar la nulidad, no tendrá que decretarla.”¹³⁶

Planíol trata sobre las *características de los actos nulos*, y señala cuatro reglas: 1.- La nulidad **es inmediata**; 2.- La nulidad puede hacerla valer **todo aquel sujeto interesado** en que se haga constar; 3.- La nulidad no puede ser subsanada por la confirmación de las partes; 4.- La nulidad es imprescriptible (*quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest*). Sin embargo alude Planíol que en la sentencia de la Chambre des Requêtes se ha aceptado que cuando un sujeto tiene un “*interés positivo*” para ejercitar la acción sobre la nulidad del acto que le perjudica, la facultad para hacerlo valer se extingue en 30 años a partir del día en que se originó.¹³⁷

4.5.2.4 Los actos anulables

En ésta teoría, el acto jurídico anulable, no es nulo mientras no haya sentencia que así lo declare; por tanto *la nulidad no opera ipso iure*. Conforme a las ideas de BAUDRY-LACANTINERIE, sobre el *acto anulable* Borja Soriano sostiene que es forzosa la intervención del juez, y subraya que produce efectos de modo provisional mientras no sea anulado por resolución judicial, ya que la sentencia de nulidad se retrotrae y se considera como si no se hubiera efectuado el acto.¹³⁸ *Los actos anulables, conforme a ésta teoría, se equiparan a los que en nuestro derecho mexicano son actos afectados de nulidad relativa.*

Conforme a ésta teoría, **Planíol & Ripert** precisan que *los supuestos de anulabilidad* son prácticamente dos: 1.- “*la incapacidad*” del autor o de los autores del acto, y 2.- “*los vicios del consentimiento*” y su motivo “es una medida protectora para una persona determinada. Unas veces se trata de un incapaz a quien la ley quiere proteger contra su propia inexperiencia; en otras, una persona que ha sido engañada y obligada, o que ha incurrido en un error fortuito.”¹³⁹ *En nuestro derecho civil mexicano son tres casos, a los anteriores le agregamos la falta de forma exigida por la ley para la validez del acto.*

¿Quiénes pueden prevalecerse de la ineficacia en los “actos inexistentes”, “actos nulos” y en los “actos anulables”? En el primero de los casos, conforme a ésta teoría sería toda persona; en los “actos nulos” todo interesado; y en los “actos anulables” sólo la parte afectada en cuyo favor la ley decreta la anulabilidad. En efecto, Baudry-Lacantinerie, citado por Manuel Borja Soriano señala: “No estando ninguno obligado a reconocer la nada, toda persona tiene derecho de prevalecerse cuando lo necesita de la inexistencia de un acto jurídico que se le opone [...] La nulidad absoluta –equiparada al

¹³⁶ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, op. cit., p.57

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil*, 9e-., t. I, números 102-19, en BORJA SORIANO, Manuel, op. cit., p. 96

¹³⁹ Cfr. PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, op. cit., p.57

acto nulo- también puede invocarse por todo interesado [...] La nulidad relativa - equiparada a la anulabilidad- sólo puede invocarse por las personas en interés de las cuales la establece la ley.”¹⁴⁰

En cuanto al modo de acción de la anulabilidad, Planiol & Ripert refiriéndose a la manera en que esa extinción produce sus efectos jurídicos señalan “respecto a los actos simplemente anulables, no se produce la nulidad de pleno derecho, necesita ser demandada y que se decreta por la autoridad judicial, por tanto supone forzosamente el ejercicio de una acción, conforme a su origen histórico, que es *la in integrum restitutio pretoriana*. Esta acción, por lo general, recibe el nombre de *acción de nulidad*.”¹⁴¹

¿Cuál es el efecto que en la teoría clásica se les confiere a los actos inexistentes, nulos y anulables, ante las figuras de *la confirmación y la prescripción*? En ésta teoría, los **actos jurídicos “inexistentes”** y los **“nulos”**, **no admiten confirmación ni tampoco prescriben**; los **actos anulables**, por el contrario, sí admiten la confirmación y, si no se intenta la acción de nulidad dentro de los plazos legales prescribirá, convalidándose el acto ya que así, ya no será anulable. Como se puede advertir de la concepción de **Baudry-Lacantinerie**, citado por Manuel Borja sobre el particular señala lo siguiente: “Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por una confirmación ni por la prescripción [...] Tampoco puede borrarse la nulidad absoluta por confirmación o por prescripción [...] La nulidad relativa es susceptible de borrarse retroactivamente por la confirmación del acto, emanada de aquel o de aquellos que tenga la acción de nulidad, es decir, por la renuncia de esta acción y por la prescripción”.¹⁴²

Planiol describe las características de los actos anulables y estima que son cuatro: 1.- La nulidad **no es inmediata**; 2.- La acción de nulidad **no se concede a cualquier persona**; 3.- La nulidad es **susceptible de cubrirse** por medio de la confirmación; y cuando esto sucede, el acto es retroactivamente válido; y 4.- La acción de nulidad **puede perderse por prescripción**.”¹⁴³ *Los efectos de los actos anulables conforme a la teoría clásica se equiparan a los que conforme a nuestro derecho civil mexicano se atribuyen a los actos afectados de nulidad relativa.*

4.5.3 Tesis de Japiot.

René Japiot escribió su tesis doctoral de las nulidades en materia de actos jurídicos. Ensayo de una nueva teoría, que fue titulada “*Des nullités en matière d’actes Juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*” (*Nulidades en materia de actos*

¹⁴⁰ BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil*, 9e-, t. I, números 102-13, 102-16, 102-19 en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 96 y 97

¹⁴¹ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p.57 y 58.

¹⁴² BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Precis de Droit Civil*, 9e-, t. I, números 102-13, 102-16, 102-19 en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 97

¹⁴³ Cfr. PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 57 y 58.

jurídicos. Demostración de una nueva teoría).¹⁴⁴ En ella, hace una severa crítica a la tesis clásica, pues estima que ésta teoría atribuye efectos muy similares a los actos inexistentes y la nulidad de derecho, como la refiere Planiol, o al simplemente denominados “actos nulos” como lo expresa BAUDRY-LACANTINERIE.

Pérez Duarte estima que los puntos de análisis en que sustenta su tesis, respecto a los actos viciados antes de que se decreta su nulidad, son cuatro: 1º (La teleología) El fin que busca la sanción; 2º el medio en que se actuará, respetando el principio de equilibrio de intereses en juego; 3º los grados de la nulidad deben serlo por su eficacia o ineficacia y la validez o invalidez del acto, y no por ser absoluta o relativa, por ello los actos simplemente son nulos o no. 4º el *“derecho de crítica del juzgador para valorar, estimar y determinar en cada caso qué elementos y qué efectos del mismo, de sus consecuencias y de los diversos intereses que se presenten deben mantenerse.”*¹⁴⁵ La nulidad es una sanción impuesta por el legislador, la única distinción es que la eficacia surte plenos efectos; y la ineficacia implica que no hay validez, y por tanto, no se da ningún o alguno de los efectos efecto, pudiendo también ser ineficaz desde el inicio (de origen) o por situaciones dadas después de su creación.

Japiot señala que “el sistema clásico no puede funcionar de una manera integral y satisfactoria, porque no tiene en cuenta la complejidad de las relaciones de hecho y las necesidades prácticas (pág. 156). Este sistema, fundado en el reparto de las nulidades en dos categorías, la de **las inexistencias** y la de **las nulidades relativas**, resuelve el block las cuestiones que se propone resolver, o sean: en qué casos es necesario intentar una acción de nulidad, qué personas pueden invocar la nulidad y en qué casos puede haber confirmación y prescripción (pág. 7)... **Una teoría nueva examinaría separadamente cada una de las grandes cuestiones**, o, más exactamente, cada una de las cuestiones especiales en las que se analizan esas grandes cuestiones, en realidad complejas, **a las cuales la teoría clásica ha dado una simplicidad puramente artificial**, y para cada caso de esos problemas de órdenes tan diversos, determinaría el procedimiento de solución que parecería adaptarse de una manera más rigurosa a sus elementos propios, a reserva de relacionar en seguida esas soluciones particulares para descubrir las leyes generales cuya existencia revelaran. Este trabajo es indispensable. En razón, no se ve por qué las diversas cuestiones han de ser solidarias, por qué, por ejemplo, declarándose a priori inseparables las cuestiones de confirmación y de extensión de la nulidad, el derecho por una parte de renunciar a invocar la nulidad en tal hipótesis concreta contra tal persona determinada dependería del número más o menos considerable de individuos que podrían prevalerse de la nulidad; **las soluciones de la teoría clásica son demasiado absolutas** (págs. 8 y 9)... Pero, como **la rigidez de la teoría clásica no responde a las exigencias tan variadas de las especies concretas en presencia de las cuales se encuentra la práctica**, es a propósito de cuestiones más particulares donde el interés

¹⁴⁴ BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p.98

¹⁴⁵ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233

de nuestra materia revela de una manera más palpable su carácter de actualidad. Que se tome al azar cualquier materia especial del derecho privado donde pueda intervenir la nulidad de un acto jurídico; que se consulten las obras especiales, que se interroguen a los especialistas: se comprobará casi seguramente que las soluciones admitidas en la materia, por aplicación de la teoría general de las nulidades actualmente dominante, son combatidas con energía...(pág. 9)."¹⁴⁶

4.5.3.1 Teleología de la nulidad.

Para responder las cuestiones ¿Que se persigue con la nulidad?, ¿Cuál es su fin? La nulidad como sanción, cabe en la clasificación de las normas perfectas, que buscan conseguir la observancia de la norma para evitar que sea violada, y en caso contrario, reparar esa violación de la mejor manera preservando los intereses protegidos por la norma violada. **"Por esto, únicamente hay actos nulos.** De aquí resulta necesariamente que, en lugar de organizar la nulidad para ella misma, siguiendo el procedimiento del sistema clásico, en lugar de hacer una teoría de los actos nulos como se ha hecho una teoría de los actos que entran en un molde particular, actos solemnes o actos de última voluntad, por ejemplo, **es necesario reglamentar los actos nulos de una manera esencialmente subordinada al carácter, de sanción, que es el de la nulidad.** No hay que considerar la nulidad sino **como un accesorio de las reglas jurídicas.** Estas reglas son las que es necesario estudiar; **es preciso analizar atentamente el mal y sus causas,** a fin de conocer el remedio que se debe emplear, a fin de poder redactar la fórmula exacta de los elementos que no deben componer. Hay que descubrir íntimamente **el fin** de estas reglas y sus razones de ser; es necesario preguntarse qué es lo que **el legislador ha querido** y por qué lo ha querido, cuales son los intereses cuya defensa ha tenido en vista; se deben buscar los peligros que el legislador ha querido evitar, su origen, sus diversos modos de manifestación, su gravedad, su duración ... Guiado por estas consideraciones se descubrirán las formas especiales que deben revestir las nulidades, las reglamentaciones particulares que deberán recibir, a fin de modelarse y adaptarse del modo más estrecho a las reglas que sancionan. **Muy diversos son los fines** hacia los cuales tienen estas reglas: para ajustarlas a ellos lo más posible, la nulidad misma deberá plegarse a esa diversidad. Organizada sobre esta base, la nulidad, dando a las reglas jurídicas su máximo de firmeza por una garantía de ejecución tan segura como es posible, llenará de la manera más completa el papel tan importante que desempeña en el derecho". (Páginas 166 y 167)."¹⁴⁷

Conforme a la tesis de Japiot **sobre las causas** de nulidad considera "Nuestra **conclusión es doble.** Por una parte, la oposición de **la inexistencia y de la nulidad** no

¹⁴⁶ JAPIOT, "Des nullités en matière d'actes Juridiques. Essai d'une théorie nouvelle", en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, págs. 98 y 99.

¹⁴⁷ JAPIOT, "Des nullités en matière d'actes Juridiques. Essai d'une théorie nouvelle", en *Ibidem*, págs. 99 y 100.

es un hecho objetivo; no se impone *a priori*; la teoría **no puede escogerla como punto de partida** y debe tener base; por otra parte, es posible, para precisar los detalles y la aplicación de la teoría general de las nulidades, establecer ciertas clasificaciones de los vicios según el punto de vista de la opinión tradicional”.¹⁴⁸

4.5.3.2. La naturaleza jurídica de la nulidad

¿Cuál es la naturaleza de la nulidad? En su tesis Japiot considera que “En la **teoría clásica la nulidad es considerada como cierto estado del acto** (pág. 271) ... El acto, tomado en sí mismo, prácticamente no existe. Lo que existe realmente, son efectos jurídicos. La única forma bajo la cual puede objetivamente existir una diferencia entre un estado de validez y un estado de invalidez, es que, en el primer caso **habrá entera producción de efectos**, y, en el segundo, **ausencia de un mayor o menor número de efectos** (pág. 275) ... A la concepción clásica según la cual la nulidad consisten en un estado del acto considerado en sí, proponemos sustituirla por otra: la **de un derecho de crítica dirigido contra los efectos del acto**. Esta concepción se analiza en dos elementos que sucesivamente determinaremos de una manera más compleja (pág. 284) ... I. La ley declara un acto nulo a fin de que las personas, alguna solamente o mayor número o toda la sociedad que componen, no estén desarmadas contra las consecuencias de ese acto, sino que tengan al contrario el derecho de prevenirlas o de suprimirlas (pág. 285) ... En sí, **la nulidad aun la del pleno derecho no es nada si no se invoca** (pág. 286) ... II. Tal es el derecho. Cuál es el objeto de él, aquí es donde interviene la segunda parte de nuestra fórmula: derecho de crítica, hemos dicho, dirigido contra las consecuencias del acto (pág. 293) ... **La vida plena y entera del acto**, prácticamente, no puede consistir más que en la **realización plena y entera de sus efectos**: efectos normales del acto, que han sido **especial y directamente queridos por las partes** o que naturalmente están unidos al acto por la fuerza de las cosas o por determinación de la ley. **La invalidez prácticamente no puede manifestarse sino por una ausencia de efectos** (pág. 294) ... Desde que **una sola de estas consecuencias normales falta**, hay por esto mismo **ineficacia**: muy limitada aquí en su objeto. La ineficacia aumentará de extensión a medida que aumente el número de efectos suprimidos; pero no cambiará por eso de naturaleza: por mucho que los efectos sean suprimidos, podrá haber una ineficacia muy grande o aun completa, pero será siempre una ineficacia. Y sobre este punto estamos de acuerdo para reconocer con M. Drogoul la unidad de la noción de nulidad: para nosotros, *todas las nulidades anulabilidades relativas o absolutas, nulidades absolutas, de pleno derecho, de derecho público o de derecho privado, inexistencias o aun inoponibilidades, todas son igualmente ineficacias* (pág. 295) ... Esta noción de la nulidad que hiere las consecuencias del acto se recomienda por razones análogas a las que precedentemente nos han aconsejado adoptar la noción de la nulidad derecho de crítica: ella es inseparable de la idea de divisibilidad de la

¹⁴⁸ JAPIOT, “Des nullités en matière d’actes Juridiques. Essai d’une théorie nouvelle”, p. 269, en *Ibidem*, págs. 101

nulidad, divisibilidad que hoy en día es relativa a las consecuencias del acto: la nulidad de tal efecto de un acto no exige la nulidad de todos los otros”¹⁴⁹

A manera de conclusión “Todo concurre, por lo tanto, a **descartar el procedimiento de soluciones en block practicado por la doctrina clásica**; todo concurre a **recomendar una teoría más especializada**: esta especialidad, aunque a primera vista pareciera paradójica es en cierta manera el rescate de la generalidad de nuestra teoría, porque ella se impone por la extensión misma de los intereses que queremos tener en cuenta; para establecer esta **teoría más especializada**, un solo procedimiento es posible: el de las soluciones distintas para cada cuestión”.¹⁵⁰

4.5.3.3. Crítica a la teoría clásica por Japiot

Japiot construye su teoría como crítica a la teoría clásica toda vez que: “a) establece una **oposición entre las nulidades y la inexistencia que no es real**; b) **resuelve en conjunto cosas que deberían ser tratadas en forma menos general, sobre todo en lo referente a la intervención del juzgador, a las personas que pueden hacer valer las nulidades y a las posibilidades de convalidar los actos viciados**; c) **relaciona la producción de efectos, la ratificación y la prescripción con el número de personas que pueden hacer valer la nulidad**, y d) **encierra en un grupo los problemas de nulidad e inexistencia sin tomar en cuenta el gran número de matices que no pueden agruparse en esa clasificación**”.¹⁵¹

En efecto, Japiot hace derivar de la teoría clásica un antagonismo irreal *entre las nulidades y la inexistencia*; considera también erróneamente que los problemas surgidos de las categorías de inexistencias y nulidades sean resueltos en block por la teoría clásica, lo cual es impropio, pues cada categoría y cuestión son tratados de manera diversa: en cuanto a que interés se tutela, quien puede invocarlos, si pueden confirmarse y si son o no prescriptibles; y por ello propone una teoría nueva que estudie separadamente cada una de ellas, que no verse con la supuesta sencillez artificial de la teoría clásica; esta supuesta oposición no es verdadera, ya que la teoría clásica hace una amplia distinción entre “las inexistencias” de los “actos nulos” y los “actos anulables”. En cuanto a la afirmación en el sentido que la teoría clásica *resuelve en conjunto* cosas que deberían ser tratadas en forma menos general, sobre todo en lo referente a la intervención del juzgador; las personas que pueden hacer valer las nulidades; y, las posibilidades de convalidar los actos viciados; estima que las soluciones que propone la teoría clásica son muy absolutas y rígidas, de tal modo que no responden a los requerimientos de las variadas especies de actos susceptibles de nulidad, consideramos que, si bien es cierto la teoría clásica, no es casuística; también lo es, que sí propone pautas generales aplicables a los actos jurídicos en

¹⁴⁹ JAPIOT, “Des nullités en matière d’actes Juridiques. Essai d’une théorie nouvelle”, p. 296, en *Ibidem*, págs. 101y 102.

¹⁵⁰ JAPIOT, “Des nullités en matière d’actes Juridiques. Essai d’une théorie nouvelle”, p. 296, en *Ibidem*, pág. 102.

¹⁵¹ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233

general, y cada especie o categoría de ineficacia (*inexistencia, nulidad y anulabilidad*) tiene sus propios presupuestos y características, sobre todo, al precisar de manera puntual, los casos en que se requiere la intervención del juez, quié o quienes pueden invocarlas, la posibilidad o imposibilidad de convalidación, y la prescriptibilidad o no de las acciones.

Por último, el considerar que no es posible encerrar en un grupo los problemas de nulidad e inexistencia sin considerar los diversos matices, que en su concepto no pueden agruparse en esa clasificación, se considera sin embargo, en base a lo previamente señalado de la teoría clásica, que es incorrecta la afirmación de Japiot en el rumbo que la teoría clásica considere idénticos los problemas que originan la nulidad y la inexistencia, pues como se estudió en su momento, son distintos.

4.5.4 Tesis de Piedelievre

Piedelievre, realizó su tesis doctoral sobre los efectos producidos por los actos nulos. Pretendiendo una teoría que busca la armonización a través de puntos de ensamble para darles un punto de unión o conexión. Dicha tesis fue titulada "*Des effets produits par les actes nules. Essai d'une théorie d'ensamble*" (*Los efectos producidos por los actos nulos. Demostración de una teoría de ensamble*).¹⁵² Piedelievre, comienza su teoría resaltando tres casos en los que no podría aplicarse el principio "*Lo que es nulo no produce efectos*":

1. Caso en que el *acto afectado no produce sus efectos principales*, pero *sí los secundarios*; (Cuando un documento genuino, no tiene valor como título de crédito, pero tiene valor como un documento privado).

2. Cuando *un acto engendra consecuencias durante cierto tiempo* posterior a la resolución de nulidad, (casos del matrimonio putativo los efectos en relación a los hijos y las sociedades de hecho, sus efectos en relación a terceros); y

3. Cuando el *acto anulado continúa produciendo todos sus efectos jurídicos*. (Casos de enajenaciones consentidas por los testafierros de congregaciones no autorizadas, los actos celebrados por el heredero aparente.)¹⁵³

Para contextualizar lo anterior, respecto a los actos jurídicos nulos que engendran todas sus consecuencias o efectos durante cierto tiempo, tenemos las sociedades que no están debidamente constituidas pero se ostentan como tales ante terceros, y para proteger a terceros se les dan efectos no obstante el haberse decretado la nulidad, o el caso del *matrimonio putativo*, que deriva del latín *putare*, que significa "*pensar*" o "*creer*", por tanto, es la unión matrimonial contraída en la

¹⁵² BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p.98

¹⁵³ Vid. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233

creencia de que era válida y legal, y luego es nulo o anulado, se consideró que sería injusto que el cónyuge de buena fe, padeciera las consecuencias de su equivocación.¹⁵⁴ Surgió en el Derecho Canónico (*Matrimonium putativum*) el matrimonio putativo, se tiene por válido hasta que ambos cónyuges tienen certeza de la invalidez, y se presenta cuando el matrimonio es anulado, pero uno de los cónyuges al menos obró de buena fe. (cn. 1061, 3).¹⁵⁵ En relación al matrimonio putativo, el artículo 79 del Código civil español prescribe: “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.” Entonces, a pesar de la nulidad, sigue produciendo efectos.

También, “sostiene que *no es posible señalar pautas rígidas y objetivas* para determinar cuándo un *acto jurídico anulable debe producir o no efectos jurídicos*, por ello el *juzgador* deberá atenerse a lo que él llama “*una tendencia de espíritu*” orientada por *cinco considerandos*.

- 1º) el principio de *la autonomía de la voluntad*;
- 2º) presencia del *rigorismo formal*;
- 3º) presencia de *actos de naturaleza compleja*;
- 4º) la dirección de la acción de nulidad que puede ser *contra las circunstancias del acto o contra el acto mismo*, y
- 5º) la evaluación de *la buena fe* de las partes de la *protección de terceros y sus intereses* y la *seguridad jurídica*.”¹⁵⁶

En efecto, sobre lo anterior Borja Soriano abunda y explica que “este importante trabajo, que revela preciosas cualidades, examina en su primera parte los **casos en los cuales no se aplica el principio *quod nullum est nullum producit effectum***. El autor los ha agrupado con mucho método y dando prueba de perspicacia. Nota desde luego que *en ciertos casos unos actos nulos producen efectos de orden secundario ... cuando un documento auténtico, nulo como tal, vale como escrito privado ...* En otros casos, *actos jurídicos nulos producen todos sus efectos durante cierto tiempo*; hay dos ejemplos muy conocidos: **el matrimonio putativo**¹⁵⁷ y **la sociedad de hecho**. En fin, *en ciertas hipótesis, actos nulos desarrollan todos sus efectos*. Esto es lo que la jurisprudencia ha admitido para las enajenaciones consentidas por los prestanombres de congregaciones no autorizadas, para los actos celebrados por el heredero aparente. Esta exposición metódica tiene por fin principal

¹⁵⁴ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 421

¹⁵⁵ Cfr. PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, “Matrimonio putativo”, en CORRAL SALVADOR, Carlos y URTEAGA EMBIL, José Ma., *Diccionario de Derecho Canónico*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 437

¹⁵⁶ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233

¹⁵⁷ El matrimonio putativo “*es una ficción legal, en virtud de la cual se considera, en ciertos casos, el matrimonio declarado nulo o anulado tiene plena validez legal durante el periodo comprendido entre la fecha de su celebración y la de la sentencia definitiva y firme que pronuncia la nulidad. Institución de origen canónico que atemperaba los efectos de la sentencia judicial de nulidad del vínculo matrimonial.*” LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 421

preparar la segunda parte que es un ensayo de sistematización y que forma el punto capital de la obra. *El hecho que un acto sea inexistente, no le impide, según M. Piedelievre, producir ciertos efectos.* Sin embargo, buscando cuál es el mínimo de base necesario para que de un acto herido de nulidad subsista alguna cosa, no cree posible llegar a un criterio muy preciso; habla él mismo de **simple tendencia de espíritu** y estima que desde que hay más que nada, el acto puede producir ciertas consecuencias. Dicho esto, M. Piedelievre busca precisar y examinar el medio en el cual los actos nulos pueden sobrevivir más fácilmente en algunos de sus efectos. Este terreno de cultura más favorable, lo descubre ahí *donde hay decadencia del formalismo*, donde el principio de la *autonomía de la voluntad* goza de gran aceptación, donde se admite que un acto puede ser complejo por su naturaleza, y en donde se considera que *la nulidad que dirige no contra el acto mismo, sino contra las consecuencias del acto.* Con mucho espíritu de observación profunda, nos muestra esta serie de circunstancias favorables al mantenimiento de los efectos del acto. Después de haber examinado si las consecuencias de hecho o como consecuencias propiamente jurídicas, vemos en fin que el fundamento general de los efectos producidos por los actos nulos no es único, sino que *la buena fe*, la idea de *responsabilidad*, la de apariencia explican según los casos las supervivencias que se producen”.¹⁵⁸

4.5.5 Teoría de Bonnecase

Se basa en la teoría clásica pero haciéndole algunas adaptaciones. Para conocer el pensamiento de Bonnecase nos remitiremos a los fragmentos que de su obra cita Manuel Borja Soriano: “En cuanto a nosotros, estimamos, reservándonos establecer ulteriormente la exactitud de estos dos términos, que sólo deben emplearse las palabras: inexistencia de una parte, nulidad de la otra. Sin duda, *en el seno de la nulidad, hay que hacer precisiones y distinciones:* pero conforme a la teoría clásica, nuestro punto de partida es que *la nulidad se opone a la inexistencia* y que estas dos nociones dominan toda la materia (núm. 50) ... es necesario tomar la teoría de la inexistencia y de la nulidad en sí misma, abstracción hecha hasta donde se pueda, de toda vista histórica. Este método consiste en *hacer prevalecer* lo que nosotros llamamos *el punto de vista orgánico sobre el punto de vista histórico.* ¿Qué hay que entender por el *punto de vista orgánico*? Simplemente *el examen de la naturaleza de las cosas* tal como se presenta ante nosotros en su estado actual (núm. 52)... El gran **error** de ciertos partidarios de la doctrina clásica ha sido **identificar la inexistencia y la nulidad absoluta.** Los adversarios de aquí han sacado partido en favor de su tesis (núm. 71)... [*el acto es inexistente si falta uno o más elementos constitutivos*] “*orgánicos específicos*”] (núm. 78)... Estos elementos son de *dos clases: Elementos de orden psicológico y elementos de orden material* ... En la base de este acto se encuentra, en efecto: 1º, una **manifestación de voluntad**; 2º, un **objeto**; 3º, según los casos, un

¹⁵⁸ PIEDELIEVRE, M, citado en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, págs. 102 y 103

elemento formalista. El primero de estos elementos es psicológico, los otros dos son materiales. Que uno de estos *elementos falte*, el acto será **inexistente** ... puesto que está desprovisto de un elemento orgánico o específico (núm. 79)... Precisaremos, simplemente, que si la forma solemne no es por naturaleza un elemento esencial del acto jurídico, puede ser elevada a esta dignidad por el juego de la técnica jurídica cuidadosa de adaptar el acto jurídico a su fin (núm. 80) ... ponemos como regla exclusiva de toda excepción, que **el acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico, ningún efecto, cualquiera que sea ... No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción** ... Siendo el acto inexistente símbolo de la nada, se comprende que no puede ser el objeto de una confirmación ni el beneficiario de una prescripción extintiva que haga desaparecer con el tiempo el vicio de que está manchado. En consecuencia, **todo interesado**, cualquiera que sea, tiene derecho de **prevalerse de la inexistencia** de un acto jurídico ... por otra parte, no tiene que preocuparse de llevar este acto ante los **tribunales** para obtener e cualquier manera su condenación: no se condena a la nada ... *si, eventualmente*, el acto jurídico inexistente se invoca en juicio, el tribunal no puede sino **registrar su inexistencia**; además, ésta **nunca** será lógicamente demandada **por vía de acción**, sino opuesta por vía de excepción ... Cuando hemos enunciado el alcance práctico de la noción de inexistencia y la hemos traído a la ausencia rigurosa de todo efecto, hemos tenido cuidado de precisar que **el acto jurídico inexistente estaba en la imposibilidad absoluta de engendrar, como acto jurídico, una consecuencia cualquiera**. Pero nos hemos guardado bien de sostener que hechos materiales a los que se rehusaría la calificación de actos jurídicos no pudiesen producir un efecto de derecho. El que ha vendido una casa después de que había sido destruida por un incendio no ha hecho un contrato de venta, o más bien, este contrato es un acto jurídico inexistente por falta de objeto. Pero si el vendedor de una casa destruida es culpable de un fraude con respecto al comprador y si le ha ocasionado un perjuicio impidiéndole, por ejemplo, adquirir otra casa que se le ofrecía, este vendedor, decimos, es, a consecuencia de sus manejos materiales, responsable respecto de su pretendido comprador. Pero parece que nadie tendrá la idea de pretender que estos daños son debidos en virtud de un acto jurídico. Sin embargo, es lo que han sostenido algunos autores ... Mencionemos, sin embargo, en una palabra, que **mientras que el acto jurídico inexistente no es susceptible en ningún caso de engendrar como acto jurídico un efecto de derecho cualquiera que sea**, sucede de otra manera con el acto nulo aun atacado de nulidad absoluta ... en la doctrina clásica, la suerte de la noción de inexistencia de los actos jurídicos no está en manera alguna ligada a la consagración expresa de ésta por textos del Código Civil. Esta noción domina los textos más bien que estarles subordinada (núm. 83 bis) ... **Desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica** un acto, por imperfecto que sea, **efectúa, en tanto que no es destruido, la función de un acto regular** ... Aunque en seguida se anule por una decisión judicial, no será menos cierto que ha constituido en la vida social un centro jurídico alrededor del cual han podido ligarse múltiples intereses. ¿Es de su esencia que, desapareciendo, todo muere con él? Nada lo exige. **La idea de retroactividad** no está, de modo absoluto, ligada a la

noción clásica de nulidad [...] La estabilidad social, unida a la comprobación de la existencia temporal del acto, ordena que el equilibrio de los intereses sea por el mantenimiento de los efectos del acto anulado ... Que se haga intervenir en esta ocasión la idea de buena fe o cualquiera otra, es perfectamente plausible. Pero la explicación no vale sino como reposando previamente sobre la idea de que **la nulidad de un acto no impide su existencia** (núm. 90)... La nulidad de un acto se reconoce en que **uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente** [*pero se han realizado, ya que si esto último no hubiere acontecido, no estaríamos ante una nulidad sino una inexistencia del acto jurídico por no haberse realizado esos elementos.*]¹⁵⁹ ... o también en **que el fin** que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente, **condenado por la ley**, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría el buen orden social ... No creemos insistir demasiado sobre los dos aspectos que es susceptible de presentar, desde el punto de vista orgánico, la nulidad de un acto jurídico; ésta es ya una especie de vicio de conformación de sus elementos orgánicos, es, en otros términos, interna; ya encuentra su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre el acto, entonces es externa. En una y otra hipótesis, como se ve, *la nulidad se separa de la manera más radical y más absoluta de la inexistencia*. Si insistimos tanto sobre este punto, es porque verdaderamente los adversarios de la doctrina clásica han desconocido demasiado la realidad de las cosas, negando la inexistencia directamente o tratando de absorberla en la noción de nulidad (núm. 92 bis) ... Conviene, en la materia de las diversas clasificaciones de las nulidades, comenzar por hacer justicia a *la distinción de nulidades de interés general y nulidades de interés privado* ... Hemos visto que la doctrina clásica da una importancia capital a la distinción de las nulidades absolutas y de las nulidades relativas ... por oposición a la nulidad relativa, **la nulidad absoluta reposa sobre la violación de una regla de orden público, priva al acto de todo efecto, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción** ... Las nulidades absolutas y las nulidades relativas *coinciden en que*, una vez *pronunciadas*, el acto que era atacado es *integral y retroactivamente destruido* (núm. 105) ... ¿La distinción de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa debe ser en lo sucesivo abandonada? De ninguna manera, porque reposa en el estado actual de la técnica jurídica que, en el caso, además, traduce la realidad de las cosas. Solamente se trata de definir muy exactamente el alcance de esta distinción. Sin razón se ha ligado demasiado la noción de nulidad relativa a la limitación de las personas que pueden prevalerse de la nulidad ... al mismo tiempo que a la violación de las reglas sobre la incapacidad de las personas o los vicios del consentimiento. *La noción de nulidad relativa es más extensa* ... Ampliando este principio no contrariamos en nada, a pesar de las apariencias contrarias, la doctrina clásica, lejos de ello, aceptamos la noción de **nulidad absoluta** tal como ella la enseña, a saber: *que una nulidad de esta naturaleza puede ser invocada por todos los interesados, que no desaparecería ni por la confirmación ni por la prescripción, que una vez pronunciada por sentencia no deja*

¹⁵⁹ Lo que está en este corchete y en el que precede es nuestro.

ningún efecto detrás de ella... Nada más que sacamos de esta noción, aplicada de una manera integral, su consecuencia lógica: **es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta así enunciada** ... Este punto de partida conduce a hacer colocar en la categoría de las nulidades relativas, nulidades clasificadas tradicionalmente entre las nulidades absolutas; de esta manera evitamos especialmente una contradicción cierta o una explicación arbitraria (núm. 108) ... La teoría que presentamos respecto de la distinción de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa tiene por resultado, gracias a su conformidad con los hechos y a su claridad, poner fin a discusiones, sobre todo doctrinales, que se han suscitado relativamente a la calificación de los efectos que sobreviven a la anulación de un acto ... y a la conciliación de sus efectos con la regla: *Quod nullum est, nullum producit effectum* ... Hemos establecido largamente que, por oposición a la noción de inexistencia de fondo cuando menos, la nulidad era la resultante de la voluntad del legislador, inspirándose en la especie de las necesidades y de las aspiraciones del medio social. Libre de establecer una nulidad, el legislador es con mayor razón todopoderoso para fijarle los límites. Esta es toda la significación de la fórmula: *Quod nullum est* ... Un acto nulo está destinado a ser condenado un día y otro por una decisión judicial y, por consecuencia, a quedar finalmente ineficaz; **pero no es nulo**, y, por lo tanto, no será ineficaz, sino en la medida fijada por la ley ... Pertenece a los tribunales decidir en cada caso si se está en presencia de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa en el sentido en que las hemos definido y, en esta última hipótesis, sobre qué relación la nulidad es relativa: qué personas pueden prevalerse de ella, condiciones de la confirmación posible, duración de la prescripción, consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación (núm. 109)”¹⁶⁰

En suma, Bonnecase transformó y mejoró la teoría clásica de la “inexistencia”, “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”. En relación a los actos calificados de nulos, son los que algún elemento orgánico (*aunque completo*), se realizan imperfectamente. Sus efectos son producidos y únicamente con la sentencia judicial de nulidad son aniquilados retroactivamente.¹⁶¹ Quizás la **aportación más importante que hace Bonnecase es que distingue entre inexistencia y nulidad y a la nulidad le da otros alcances muy distintos a los de la teoría clásica**. El núcleo de su teoría lo constituye la diferenciación entre la inexistencia y la nulidad, “respecto de la inexistencia, Bonnecase no hace más que repetir las ideas de la teoría clásica, respecto de la *nulidad propone una concepción mucho más flexible* en la que no son extrañas las ideas de Japiot y de Piedelievre.”¹⁶² Bonnecase *hace la diferencia entre nulidad absoluta y relativa*, ilustrando que el acto afectado de la **nulidad absoluta viola una regla de orden público** y puede ser invocada por cualquier interesado, el acto no puede ser

¹⁶⁰ BONNECASE, Julien, *Précis de Droit Civil*, t. III, núms. 1-111, en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, pp. 103-107

¹⁶¹ Cfr. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233. Afirma tal modificación a la teoría clásica. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Mexicano*, T.I. 1988, 124

¹⁶² VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1987, p. 373

convalidado; y la acción de nulidad es imprescriptible. El acto afectado de nulidad relativa viola una regla de orden privado pudiendo ser invocada sólo por personas determinadas, el acto puede convalidarse y la acción puede prescribir."¹⁶³ Conforme a la teoría de Bonnecase un acto, aunque ilícito puede producir efectos de nulidad relativa.¹⁶⁴ Claro está, cuando la ley así le atribuya esa consecuencia.

4.6. Análisis comparativo de la capacidad como elemento de eficacia en el Derecho Comparado.

Para éste apartado a sugerencia del Doctor Gastón Julián Enríquez Fuentes, nos apoyaremos en el método comparativo propuesto por Lucio Pegoraro. En efecto, sobre la importancia de éste método Giuseppe Vergottini subraya que para la interpretación del derecho los tribunales constitucionales han acudido reiteradamente al *método de comparación jurídica*,teniéndolo como un método más en la interpretación jurídica al lado del *teleológico, sistemático, histórico y literal* basados en la clásica tradición de Savigny; y en este orden, reconoce Vergottini que es Peter Häberle quien *"ha colocado al comparativo como quinto método de interpretación, como estadio imprescindible en la exégesis de las cláusulas constitucionales..."*¹⁶⁵ El método de comparación jurídica, es una herramienta fundamental, sobre todo, en trabajos como el presente, donde nuestra legislación nacional comparte el origen, la naturaleza jurídica y la esencia de las instituciones jurídicas básicas de nuestro sistema jurídico, como lo es el de la capacidad jurídica.

Para la comparación, hemos escogido dos modelos europeos, además del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, y dos modelos latinoamericanos. Los sistemas jurídicos, *español e italiano* por un lado; y los sistemas jurídicos *argentino y chileno* por el otro. Hemos omitido el sistema jurídico francés, ya que de él nos ocupamos de manera amplia en apartados anteriores al tratar el tema de las nulidades conforme a la teoría clásica de Planiol y Ripert, Aubry et Rau; la de Bonnecase, Piedelievre y Japiot.

¿Porque se escogieron éstos sistemas jurídicos?

Porque según el método comparativo, en ellos es factible la comparación. El que jurídicamente sean comparables los sistemas a comparar, implica en base a lo puntualizado por Pegoraro,¹⁶⁶ la idoneidad basada en la similitud entre los modelos

¹⁶³ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 2233 y 2234

¹⁶⁴ Bonnecase consideró que para terminar con la duda reinante, la nulidad absoluta debe tener un *carácter rígido, inflexible*, de tal manera que si no se dan las tres notas esenciales mencionadas, el acto estará afectado de nulidad relativa a pesar de que sea acto ilícito y de que tenga dos caracteres de la nulidad absoluta y una de la relativa." ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Mexicano*, T.I. *op. cit.*, p. 134

¹⁶⁵ VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, traducción. de Claudia Herrera, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 12.

¹⁶⁶ "La semejanza entre los modelos hace posible la comparación no sólo de modelos, sino de instituciones concretas, estructuras, procedimientos," PEGORARO, Lucio, "Derecho Constitucional y Método Comparativo",

“sistemas jurídicos”; e *“instituciones concretas”*; “capacidad e incapacidad”, invalidez, nulidad, anulabilidad, nulidad absoluta, nulidad relativa, elementos que según los cánones del método comparativo, permiten válidamente la comparación por lo siguiente:

1º La homogeneidad. Un antecedente común de carácter cultural-jurídico, descansa en que todos los sistemas jurídicos seleccionados para la comparación, es que todos derivan de la familia jurídica romano germánica; por lo que comparten vínculos históricos y estructuras comunes.

2º Todos los sistemas jurídicos escogidos comparten como aspecto de identidad cultural el de sus lenguas, son lenguas romances o románicas que proceden del latín; en cambio, Alemania –*por ejemplo*–, que aunque su sistema jurídico deriva de la familia jurídica del derecho romano, no comparte el mismo antecedente cultural lingüístico.

3º Sin desconocer el sello particular que cada uno de los sistemas jurídicos reviste, los temas, procedimientos e instituciones que se contienen en los libros de sus respectivos Códigos Civiles, son prácticamente los mismos; pero sobre todo, lo que es de capital importancia: en todos ellos se reconoce a *la capacidad jurídica* como elemento que repercute en la eficacia de los actos jurídicos; y también se considera a la nulidad y anulabilidad, nulidad absoluta y nulidad relativa, como aspectos *contrarios a la validez* de los actos jurídicos.

4º Después, la selección de España e Italia, obedece a que, su legislación ha sido modelo que han inspirado a otros sistemas jurídicos; sobre todo en virtud de las conquistas; la influencia española en los países latinoamericanos que hablan el español, entre los cuales encontramos a *Argentina, Chile y México*, no sólo en cuestiones culturales, sino también porque la legislación española se ha tenido de antecedente sobre el derecho de los aludidos estados latinoamericanos. Para el caso de Italia, tenemos como estados conquistados por ella, por ejemplo a Etiopía y Somalia; y aunque en América no hubo territorios conquistados por los italianos; al haber sido delegados directos de la tradición jurídica románica, son un referente importante para los efectos de nuestro trabajo, y prueba de ello también lo es, que el *Codice civile Italiano de 1942* ha sido el referente más importantes en el Anteproyecto del Código Europeo de contratos.

5º Los casos regulados por el Derecho Civil en Argentina y Chile, fueron escogidos *además de las consideraciones anteriores*, por sus *antecedentes históricos* son muy parecidos a los de México en cuanto al predominio español. La independencia de México de la Corona Española aunque la guerra de independencia

inició el 16 de septiembre de 1810, se consumó hasta el 27 de septiembre de 1821. Prácticamente son coetáneas a la de México, la independencia argentina de la monarquía española, que se dio mediante el Acta de Independencia Argentina del 9 de julio de 1816. La independencia de Chile también lo fue respecto de la Monarquía española y fue declarada mediante el Acta de Independencia del 12 de febrero de 1818.

6º También, los casos de la legislación civil argentina y chilena los hemos privilegiado, ya que dentro de la cultura comparatista son dos de los cinco estados latinoamericanos que junto con México son Estados miembros de la Conferencia de la Haya de *Derecho Internacional Privado*.¹⁶⁷

7º Por último, para poder realizar la investigación es importante contar con elementos bibliográficos y tener acceso a consideraciones jurisprudenciales, legales y doctrinales en materia jurídica y en relación a éstos países se encuentra disponible para poder consultarla.

4.6.1 El método jurídico comparativo.

La comparación jurídica es antigua,¹⁶⁸ algunos precursores señalados por Fix-Zamudio y Javier Elola fueron: *Hugo Grocio, Bacon, Seleilles, Lambert, Levy-Ullmann, Sarfatti, del Vecchio, Leibniz, y Montesquieu*,¹⁶⁹ *Feuerbach y Mittermaier*. Conforme a Pegoraro, el derecho comparado está apoyado del método jurídico cuyo objeto de estudio son las normas jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos a comparar.¹⁷⁰ El estudio que en éste apartado realizaremos, partirá precisamente de las disposiciones de los Códigos Civiles de los Estados ya referidos; pero ello no es suficiente, ya que la comparación no puede limitarse a ello. Actualmente un estudio

¹⁶⁷ La Conferencia de la Haya de DIPr tiene como membresía de setenta y dos estados. De la membresía total sólo cinco son países latinoamericanos a saber: Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Reflexiones sobre la utilidad de comparación y sus efectos en la Codificación en Derecho Internacional Privado”, pp. 205-228, *Metodología del Derecho Comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, IIJ-UNAM*, México, 2005, p. 227

¹⁶⁸ La comparación jurídica no es reciente, ya que se remonta a la antigüedad clásica, en virtud de que se utilizó por los estudiosos, griegos y romanos y un ejemplo evidente es el análisis que realizó Aristóteles sobre el régimen político de las diversas ciudades griegas en relación con Atenas. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Tendencias actuales del Derecho Comparado”, *Metodología del Derecho Comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, IIJ-UNAM*, México, 2005, p. 66

¹⁶⁹ En relación a los comparatistas en primer lugar Javier Elola reconoce como “Grandes comparatistas del siglo anterior, “El derecho común de la humanidad civilizada” de Seleilles; el “Derecho común legislativo” de Lambert; el “Derecho mundial del siglo XX” de Levy-Ullmann, Sarfatti y del Vecchio, se consideran hoy en día como utopías y hasta peligrosas. ELOLA, Javier, “El estudio del Derecho Comparado Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 32, 1958, pp. 19-33, IIJ-UNAM, p. 19 y 20. También Héctor Fix-Zamudio subraya que ... algunos de sus precursores más importantes como Grocio, Bacon, Selden, Leibniz, Vico y Montesquieu. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Tendencias actuales del Derecho Comparado”, *op. cit.*, p. 67

¹⁷⁰ PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *op. cit.*, p. 82

serio de derecho comparado no debe limitarse a la descripción y yuxtaposición; debe además, cumplir ciertas reglas.¹⁷¹

La utilidad del derecho comparado es grande ya que permite –en palabras de Tullio Ascarelli– “romper lo cerrado del sistema jurídico propio [...] significa alargar el horizonte propio y la propia experiencia y, por tanto, enriquecerse espiritualmente dándose cuenta de los propios límites en un espíritu de modestia que, a su vez comporta tolerancia y libertad.”¹⁷² Desde la simple concepción práctica del derecho comparado que fue dada por Seleilles, Feuerbach y Mittermaier, como instrumento de comparación de carácter legislativo y jurisprudencial para mejorar la evolución del derecho de un país.¹⁷³ Pero también, entre derechos pertenecientes a la misma familia jurídica el derecho comparado es importante para la creación de leyes,¹⁷⁴ ya que permite valerse de la experiencia que otros Estados han tenido, y así poder, bajo ciertas condiciones de compatibilidad, tenerlas como modelo para la comparación o para la creación. Zitelman citado por Pegoraro, considera que el derecho comparado es útil en tres campos del quehacer jurídico; el de la aplicación del derecho, llamado como “*la praxis*”; el de la investigación jurídica o ciencia, llamado “*Wissenschaft*”; y el de la creación de las leyes denominado “*Gesetzgebung*”.¹⁷⁵ En éste trabajo, por su naturaleza se actualiza el segundo de ellos, que desde luego, no pretendemos que se quede en una proposición de la ciencia jurídica, sino que se traduzca en normas generales. Por ello, en cuanto a la transformación legislativa, hoy en día, la comparación jurídica cobra suma importancia debido a situaciones que se han suscitado como la unión europea, por ejemplo, y otros Tratados, Acuerdos o alianzas entre Estados, existe una inclinación para uniformar los derechos de los estados involucrados. Así lo considera Piero Sireni cuando escribe: “*Sobre la evolución legislativa se destaca en particular la tendencia de varios Estados a proceder a la llamada unificación de sus derechos; o sea, a regular los actos y relaciones jurídicas mediante normas idénticas en los diversos sistemas.*”¹⁷⁶

¹⁷¹ La doctrina tradicional comparatista se limita a la descripción, a la yuxtaposición y a la sistematización de reglas y juicios. PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 82

¹⁷² ASCARELLI, Tullio, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952, p. 43

¹⁷³ “La concepción práctica del derecho comparado, (Seleilles, Feuerbach y Mittermaier) es la que pone de relieve su utilidad en las ciencias jurídicas y en el campo de las ciencias jurídicas. La comparación se entiende no como un instrumento de especulación científica basado en las observaciones de tipo histórica, sociológica, etnológica de fenómenos jurídicos, sino como un instrumento de política legislativa para mejorar la evolución del derecho nacional y de la política jurisprudencial.” PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 22 y 23

¹⁷⁴ Lambert sostiene la importancia del derecho comparado en la elaboración del derecho, y ello consiente el acercamiento entre derechos pertenecientes a la misma familia jurídica. *Ibidem*, p. 25

¹⁷⁵ Zitelman estima que la finalidad del Derecho comparado se mueve en tres campos de actividad jurídica: 1. La Praxis, que es la aplicación; 2. Wissenschaft que es la investigación, la ciencia; 3. Gesetzgebung, que es la creación, la legislación. *Ibidem*, p. 24

¹⁷⁶ PIERO SIRENI, Angelo, “Función y Método del derecho Comparado”, Trad. Javier Elola, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 41, 1961, pp. 333-645, IIJ-UNAM, p. 338

Para Pegoraro, la comparación no se puede circunscribir a la confrontación de normas o criterios jurisprudenciales desconociendo del contexto, los llamados formantes, criptotipos o derecho viviente.¹⁷⁷

Aunque los estudios *jurídico-comparativos* son antiguos, se estima que el uso del método comparativo *de manera apropiada, como ciencia metodológica*, es nuevo. Héctor Fix-Zamudio destaca que el apropiado y eficaz empleo del método comparativo, es interés del *derecho contemporáneo* sustentado en determinados principios y reglas, a fin de que sus resultados sean realmente fructíferos y no resulten productos inútiles.¹⁷⁸

Uno de los grandes problemas ha sido el determinar si el derecho comparado es “una ciencia,” o sólo es “un método.” Lucio Pegoraro y Angelo Rinella puntualizan que “uno de los temas de más interés tiene que ver con la definición del Derecho comparado, para atribuirle el rango de ciencia en sentido propio o de método... el aspecto interesante es que el debate sobre el dilema método-ciencia se anuda y revela otros aspectos de mayor importancia y más inmediata utilidad en torno al papel y a las funciones del derecho comparado.”¹⁷⁹ Para Pegoraro, definitivamente es una ciencia “cuyo propósito persigue finalidades preeminentemente cognoscitivas. Una ciencia que tiende a especializarse: desde la primera gran división entre derecho privado comparado y derecho público comparado hasta las posteriores.”¹⁸⁰ Pero independientemente de su carácter, sin duda que es de gran utilidad en la elaboración de investigaciones jurídicas. Inclusive, quienes no la estiman como una ciencia, reconocen que es de mucha utilidad la metodología comparada.¹⁸¹ **Héctor Fix-Zamudio** la caracteriza como una *ciencia-metodológica*, como una *disciplina metodológica, científica y autónoma*, con conceptos, principios y reglas propias.¹⁸²

Lucio Pegoraro y Angelo Rinella consideran que el Derecho comparado no sólo es un método, sino una verdadera ciencia, y dan cuatro razones del porqué es una ciencia.¹⁸³

¹⁷⁷ PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 49 y 50

¹⁷⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Tendencias actuales del Derecho Comparado”, op. cit., p. 66

¹⁷⁹ PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 21.

¹⁸⁰ PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, op. cit., p. 79

¹⁸¹ “Hay quienes estiman que la metodología comparada, no es científica, aunque reconoce la utilidad práctica de los estudios comparativos, es una técnica pero no es una ciencia.” SILVA MALDONADO, Marcos D., “Crítica a la Comparación jurídica y al método que emplea”, *Alegatos*, Núm. 74, UAM, México, Enero-abril de 2010, p. 132 y ss

¹⁸² Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Tendencias actuales del Derecho Comparado”, op. cit., p. 66

¹⁸³ Cfr. PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 33. También puede verificarse en PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, op. cit., p. 77 y ss

1º En primer orden, es una ciencia porque permite explorar una porción del *conocimiento* independiente y separado, diferente a otros ya conocidos, iluminando y particularizando un área del conocimiento especial, coadyuvando al acrecentamiento y difusión de conocimientos.

2º En segundo orden, mejora las aptitudes y competencias para estructurar investigaciones sustentadas en un método ajustado a esa porción del conocimiento.

3º En tercer orden, ayuda a sistematizar, organizar, catalogar, distribuir, proponer prototipos o modelos, permite comprobar su congruencia de las recepciones y/o exportaciones, de instituciones y disciplinas.

4º Por último, alimenta a agrupaciones de investigadores desde los empíricos hasta la investigación científica, ayudando a la expansión y difusión del conocimiento.

En el método comparativo según Javier Elola, deben primeramente ponderarse dos ingredientes imprescindibles "*la posibilidad*" y "*la conveniencia*".¹⁸⁴ Para tener conclusiones útiles y válidas debe también haber homogeneidad entre los sistemas comparados y en los tiempos. Piero Sireni describe que: "La contraposición entre sistemas jurídicos, y entre las instituciones y normas particulares de ellos, llega a conclusiones válidas y útiles sólo si se funda en el conocimiento y comprensión del clima histórico y social en que cada uno de ellos se ha desarrollado, y de aquel en el que opera en un momento dado."¹⁸⁵ Para la comparación en el derecho comparado, conforme a Pegoraro, al menos debe haber dos objetos susceptibles de comparación, - la idoneidad obedece a principios y reglas- no es una exposición paralela, de allí debe derivarse una sistematización o conformar un modelo.¹⁸⁶

La finalidad de la presente comparación, primero será organizar sistemáticamente el conocimiento, para situar a *la capacidad jurídica* como elemento que repercute en la eficacia de los actos jurídicos; y también observar si se considera a la nulidad y anulabilidad como aspectos *contrarios a la validez* de los negocios jurídicos, y así poder clasificar en los diversos sistemas jurídicos las consecuencias contrarias a la validez de los contratos, ubicando a la incapacidad de goce y de

¹⁸⁴ "La posibilidad y la conveniencia, son dos elementos indispensables para la comparación, y desde luego del método comparativo." ELOLA, Javier, "El estudio del Derecho Comparado Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 32, 1958, pp. 19-33, IIJ-UNAM, p. 21

¹⁸⁵ PIERO SIRENI, Angelo, "Función y Método del derecho Comparado", Trad. Javier Elola, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 41, 1961, pp. 333-645, IIJ-UNAM, p. 334

¹⁸⁶ "Para que una actividad sea adscrita al derecho comparado, es necesario escoger al menos dos objetos que puedan compararse con el fin de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. No una mera exposición paralela." PEGORARO, Lucio, "Derecho Constitucional y Método Comparativo", *op. cit.*, p. 78, y PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, *op. cit.*, p. 34

ejercicio en esos supuestos que originan la invalidez de las mismas, y así poder determinar el tipo de interés que tutela la incapacidad de goce y de ejercicio.¹⁸⁷

Basados en el método comparativo propuesto por Lucio Pegoraro, las condiciones de comparación comprenden la homogeneidad entre los ordenamientos o instituciones,¹⁸⁸ los objetos en estudio no pertenecen a familias jurídicas distintas,¹⁸⁹ tienen autonomía propia, se analizarán en su significado actual por lo que es coetáneo;¹⁹⁰ el nivel de comparación¹⁹¹ será externa, ya que se efectúa entre normas jurídicas de diversos países, es entre normas de los diversos Códigos Civiles, y demás es sincrónica o contemporánea de instituciones jurídicas actuales para entender analogías y diferencias;¹⁹² será una micro-comparación pues se da entre instituciones particulares para verificar analogías y diferencias por lo que se requiere tener conocimiento de la materia para no comparar lo incomparable;¹⁹³ la macro-comparación supone multitud de elementos;¹⁹⁴ será intra-cultural pues la comparación será entre sistemas de la misma familia jurídica a diferencia del cross-cultural que son de distintas familias, éste último para su razonabilidad y validez requiere de instrumentos de análisis antropológico y sociológico.¹⁹⁵

4.6.2 En España

En tratándose de la ineficacia de los actos jurídicos en España, tenemos como especies de ésta a “*la inexistencia*”, “*la nulidad*” y “*la anulabilidad*”; la primera deviene de la ausencia de consentimiento, por la falta de objeto y por la falta de la causa. Conforme a lo expuesto por Delgado Echeverría: “El esquema general de la ineficacia en España considera a la *inexistencia*, y la *nulidad* (que es muy amplio pues abarca a la *nulidad* (de pleno derecho) llamada por la doctrina española nulidad *radical o absoluta*; y la *anulabilidad*.”¹⁹⁶ Así, en la doctrina española se denomina también a los casos de nulidad con la expresión “*nulidad absoluta*”; y los de anulabilidad con “*nulidad relativa*”; concepción muy distinta de la que en el derecho mexicano se tiene, sobre todo por sus características y alcances de los tipos de nulidad.

¹⁸⁷ Cfr. PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *op. cit.*, p. 80

¹⁸⁸ PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 85

¹⁹⁰ PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *op. cit.*, p. 78, y PEGORARO, LUCIO, y RINELLA, ANGELO, *Introducción al Derecho Público Comparado*, *op. cit.*, p. 35

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 65 y ss.

¹⁹² PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *op. cit.*, p. 87

¹⁹³ PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, *op. cit.*, p. 69 y ss.

¹⁹⁴ PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *op. cit.*, p. 87

¹⁹⁵ PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, *op. cit.*, p. 85 y ss.

¹⁹⁶ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, Ma. Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, *op. cit.*, p. 7 y 47

Conforme al Código Civil español, aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889, no se contiene reglamentación expresa que nos remita a una teoría de la inexistencia; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia española sí han hecho referencia a la misma. Sobre éste tema, la única referencia legislativa de la inexistencia, parte de lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil español, que señala: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca.” Entonces, los elementos esenciales del contrato español son tres: 1º el consentimiento, 2º el objeto y 3º la causa; sin ellos no existe el contrato.

Apoyados en la doctrina española, tomando como referencia a Manuel Albadalejo tenemos que, los *negocios jurídicos inválidos* pueden serlo por dos causas: los *negocios nulos* que carecen de efectos; y los *negocios anulables*, aquellos que por defectos intrínsecos están amenazados de destrucción; es decir, son destruibles.¹⁹⁷

4.6.2.1. Actos nulos, la nulidad

En España, la reglamentación en el Código Civil español es un tanto confusa; en primer lugar bajo el epígrafe: “*De la nulidad de los contratos*”, regulada de los artículos 1300 a 1314, contiene a las especies de actos nulos y los actos anulables, pero no distingue cuales se aplican a unos y a otros. Por lo que debemos deducirlos según su esencia. Según Manuel Albadalejo, la falta de *capacidad natural* (síquica de entendimiento y voluntad) así como la falta de *capacidad señalada por la ley* a personas determinadas para la realización de actos específicos originan *la nulidad*. Para entender esto, es preciso señalar que para el autor en comento, a la capacidad de obrar, la concibe como *la aptitud abstracta reconocida por el derecho para otorgar un acto jurídico*, y la denomina *capacidad legal*, y a las condiciones psíquicas adecuadas les denomina *capacidad natural*.¹⁹⁸ Considera Albadalejo que para aquellas *incapacidades legales* (comprendidas en ellas según el autor, el ser menor de edad o estar incapacitado judicialmente),¹⁹⁹ sólo que la ley atribuya expresamente como consecuencia la nulidad, por lo que aún en caso de incapacidades legales respecto de las cuales en la ley no se establezca como sanción la nulidad, la consecuencia será *la anulabilidad*.

En efecto, en el derecho civil español tiene actualización la nulidad de los actos jurídicos, cuando por un defecto, no son aptos para generar las consecuencias de derecho inherentes al mismo; es como si no se hubiese realizado. *Nullum est negotium, nihil est actum*.²⁰⁰ La nulidad conforme a Luis Díez Picazo es una sanción máxima

¹⁹⁷ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, BOSCH, Barcelona, 2002, p. 851

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 231

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 875

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 852

que opera *ipso iure*; puede por tanto ser *aplicada oficiosamente* y además ser ejercitada por quienes demuestren un *interés legítimo*.²⁰¹

Los negocios nulos carecen inicial y perpetuamente de efectos, son como si no existieran. *Quod nullum est, nullum haber efectum*. Los actos nulos, lo son *ipso iure*, ya que no requieren declaración judicial; sin embargo, si son motivo de intervención judicial ya sea por “vía de acción” o “de excepción”; la sentencia que sobre ello se pronuncie será meramente declarativa; esto es, el juez constatará simplemente que no surten efectos.²⁰²

El derecho español también considera que la nulidad puede *ser textual*, si la causa de nulidad está expresada en la ley; y *virtual*, cuando no está expresada en la ley, pero lo es, por *no cumplir los requisitos* exigidos para determinados negocios.²⁰³

En el derecho español la *nulidad absoluta* o simplemente *nulidad*; produce los mismos efectos que *la inexistencia*, ya que la primera opera de pleno derecho y se tiene como no realizado el negocio nulo. Parra Lucán refiere que doctrinal y jurisprudencialmente se han dado diferencias entre ambas, valiéndose del ejemplo de nulidad a la simulación absoluta para eludir la acción ejercitada por los acreedores concluyendo, sin embargo que en el Derecho español “*es difícil distinguir entre inexistencia y nulidad absoluta, ya que produce las mismas consecuencias.*”²⁰⁴ En el derecho mexicano, la nulidad absoluta no opera de pleno derecho, pues en ella, se requiere resolución judicial.

En el derecho español, los *casos de nulidad* son considerados de dos tipos:

a) Casos de *nulidad en general*. Si faltan requisitos al negocio de no sean de los que se exigen para su existencia.

b) Casos de *nulidad en concreto*.²⁰⁵ Son: a) La falta de voluntad o consentimiento; b) la falta de solemnidad; c) la falta de capacidad natural (capacidades psíquicas de entendimiento y voluntad) y la falta de capacidad legal sólo que la ley la establezca so pena de nulidad; d) la causa ilícita; e) la falta de legitimación cuando la ley la establezca expresamente como causa de nulidad; f) el objeto ilícito, indeterminado e indeterminable; g) cuando el negocio es contrario a leyes imperativas o prohibitivas.

²⁰¹ Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis, y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 104

²⁰² ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, op. cit.*, p. 856

²⁰³ *Ibidem*, p. 853

²⁰⁴ PARRA LUCÁN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 143

²⁰⁵ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, op. cit.*, p. 853 y 854

Ángeles Parra Lucán expone de manera sucinta las características más relevantes de la nulidad absoluta en España. “Los caracteres más relevantes que destacan la doctrina y la jurisprudencia para la nulidad absoluta son:

a) Opera *ipso iure* (por el mismo derecho), por ello, no requiere que primero se haya debatido en juicio, ni de resolución del juez.

b) Sin embargo, si hay cierta apariencia negocial, y por ende se suscita la intervención judicial. Podrá invocarla cualquier interesado, sea o no parte en el negocio y aun el causante de la nulidad. Además, si el juez tiene conocimiento de los hechos que la provocan, puede declararla de oficio, pero no es pública²⁰⁶ en el sentido que no puede intentarla el Ministerio Fiscal. La sentencia será meramente declarativa.

c) La nulidad es *definitiva*, y también es *imprescriptible*, el mero transcurrir del tiempo no la convalida, no la perfecciona ni la sana, por lo que puede ejercitarse en cualquier momento. Tampoco es factible *su confirmación*, esto es, no puede convalidarse, pero existe una excepción con la figura de la conversión,²⁰⁷ basado en el principio de la conservación del negocio, implica que el negocio nulo que vale como otro negocio diferente, por ejemplo, una donación nula que se convierte en un préstamo.

d) La sentencia declarativa de nulidad conforme a Parra Lucán trae aparejada: 1) La reintegración o restitución a la situación anterior (*arts. 1303-1308 del Código civil español*); 2) La destrucción de los títulos y derechos que se basaran en la existencia del contrato. Sólo se mantienen los que señale la ley (principio de buena fe).²⁰⁸

4.6.2.2. Actos anulables, la anulabilidad.

En el derecho español, son los negocios destruibles, impugnables. *Los actos anulables* son totalmente eficaces y válidos mientras no haya sentencia de anulabilidad que de darse, destruirá sus efectos retroactivamente.²⁰⁹ Así, los negocios son eficaces pero celebrados con defectos que potencialmente se borrarían retroactivamente. El negocio anulable *surte efectos provisionales de validez*.²¹⁰ Conforme al artículo 1.300 del Código Civil Español: “Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 858

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 866

²⁰⁸ PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 143

²⁰⁹ ALBADALEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 415

²¹⁰ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, op. cit., p. 868

“La anulabilidad”, expresión que emplea la ley española, es denominada también por la doctrina y jurisprudencia españolas con la expresión **“nulidad relativa”**, y protege intereses meramente particulares o privados tutelando por lo general sólo a una de las partes; por ello, sólo ella puede invocarla; y si así conviene a sus intereses, puede también confirmar el acto anulable quedando con ello convalidado.²¹¹

Los **casos de anulabilidad** son:²¹² 1º Por incapacidades legales para los que no se decreta la nulidad; 2º cuando haya vicios en la manifestación de voluntad o consentimiento. 3º La falta de formalidad.

Sus características son:²¹³

1º El juez no puede decretarla oficiosamente, requiere la petición o solicitud del perjudicado, que sería el incapaz o quien sufrió el vicio;

2º Puede hacerse valer vía acción o excepción;

3º Es prescriptible, los plazos varían dependiendo de los diversos supuestos que la originan; el artículo 1301 de la legislación civil española señala:

“La acción de nulidad sólo durará cuatro años.

Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

4º Es convalidable (sanación o subsanación)²¹⁴ por confirmación expresa o tácita. Según el artículo 1.310 *“Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261.”* y el artículo 1.313 *“La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.”*

Una vez que se declara la nulidad, para el caso de la relativa o anulabilidad, o en los casos de nulidad, sus consecuencias son las mismas, los contratos son

²¹¹ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 144

²¹² Vicios del consentimiento, la incapacidad y la falta del consentimiento del cónyuge (cuando es necesario). DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, Ma. Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, op. cit., p. 60 y también ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, op. cit., p. 869

²¹³ *Ibidem*, p. 871 y ss.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 872

inválidos, ineficaces, no producen efectos y los efectos restitutorios desde luego también son los mismos,²¹⁵ pues en uno y otro caso deben regresarse las prestaciones dadas, tal y como si no se hubiera perfeccionado el contrato.

Ahora bien, el caso particular de la incapacidad en el derecho español, los llamados *incapaces naturales*, *incapaces de hecho* o para evitar confusiones, *incapaces de ejercicio*, comprendiéndose en éstos los que mediante sentencia judicial se haya declarado su incapacidad, de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 1301 del Código Civil Español**, observamos que la acción de nulidad prescribe a los cuatro años y, ese plazo empieza a correr entre otros casos, *cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela*. Esta disposición por su propia naturaleza es un *supuesto de anulabilidad*, y por tanto, no aplicable para los *actos nulos* radicalmente.²¹⁶ Adviértese de la misma disposición que se refiere a los incapaces de ejercicio. Lo anterior se corrobora aún con el artículo 1302 del mismo ordenamiento que establece: “*Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.*” De cuyo tenor se observa el espíritu protector *únicamente* hacia la persona *del menor o incapaz*, o de quien padece el vicio, sólo ellos o sus representantes pueden invocarla, resultando, por tanto, una causa de anulabilidad y no de nulidad. También se aprecia que los incapaces a los que se refieren los artículos 1301 y 1302 del Código Civil español, son los incapaces de ejercicio, y la sanción derivable para éstos casos es *la anulabilidad*; los incapaces de derecho o más claro, *incapaces de ejercicio*, al no estar comprendidos de manera especial por los numerales antes referidos, serán causas de nulidad.

4.6.3 En Italia

En el Código Civil italiano publicado en la Gaceta Oficial el 4 de abril de 1942, se reconocen como **requisitos esenciales** del contrato *el acuerdo de partes; la causa, el objeto y la forma*. “**Art. 1325 Indicazione dei requisiti.** I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti (1326 e seguenti, 1427); 2) la causa (1343 e seguenti); 3) l'oggetto (1346 e seguenti); 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (1350 e seguenti). **Art. 1325 Indicación de los requisitos. Los requisitos del**

²¹⁵ Las consecuencias de la nulidad declarada y de la anulabilidad producida son exactamente las mismas: los contratos inválidos son ineficaces. No producen los efectos queridos por los contratantes, ni han de tenerse en cuenta para la valoración de otros hechos o actos jurídicos, entre las partes o con relación a terceros. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 144

²¹⁶ ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “La anulabilidad de los actos de los incapaces. Especial referencia a las personas discapacitadas”. *Principal*, 2006 (Especial Coloquio) *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos*. CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista Electrónica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006. Recuperado el 11 de noviembre de 2014 y consultable en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=237>.

contrato son : 1) el acuerdo de las partes (1326 y siguientes , 1427) ; 2) la causa (1343 en adelante) ; 3) el objeto (1346 y siguientes) ; 4) la forma, cuando resulta que está prescrita por la ley bajo pena de nulidad (1350 y siguientes). La falta de alguno o algunos de ellos origina la inexistencia jurídica; en Italia, al igual que en México, la inexistencia no implica la nada absolutamente hablando, es la nada sólo en relación al negocio que las partes pretenden celebrar, pero existe como hecho imperfectamente formado. Al respecto Ruggiero precisa que *“el acto llamado inexistente es una entidad jurídica que el ordenamiento toma en cuenta, y, por tanto, que produce efectos jurídicos si bien no sean estos los propios del acto válidamente realizado.”*²¹⁷

La invalidez o ineficacia de los negocios jurídicos, tienen dos especies, la nulidad y la anulabilidad. Ruggiero advierte sobre la confusión en los términos alusivos a las nulidades. “Ante todo conviene advertir que en esta materia de por sí ardua, las dificultades aumentan por la variedad de las expresiones por los autores empleadas y la distinta significación que cada uno atribuye a los términos; se habla de *nulidad*, de *inexistencia jurídica*, de *ineficacia*, de *invalidez*, de *impugnabilidad*, de *anulabilidad*, de una *nulidad absoluta* o *relativa*, etcétera. La ley misma peca de imprecisa hablando de nulidad cuando sólo de anulabilidad debe hablarse.”²¹⁸

Sin embargo, debemos partir de las dos referidas especies de invalidez, *la nulidad* que se presenta cuando el acto es contrario a las leyes de interés público, leyes preceptivas imperativas o prohibitivas que no son derogables por los particulares; o bien cuando falta algún elemento esencial. Se reconocen de manera especial la nulidad textual, virtual o tácita, originaria y sucesiva.

4.6.3.1. La nulidad

Según Ruggiero, la *nulidad* del acto es el defecto más grave del negocio pues impide que el acto produzca sus efectos; el negocio jurídico nulo jurídicamente es considerado como si no hubiese sido realizado “y si se dan algunos de los efectos, estos no son efectos del negocio como tal sino consecuencias de los hechos verificados al realizar el acto nulo (una compraventa inmobiliaria verbalmente concluida no es un contrato de compraventa pero puede producir el efecto de que el comprador sea considerado como un poseedor de buena fe en lo que respecta a la adquisición de los frutos y al derecho de retención).”²¹⁹

Las causas de nulidad derivan del artículo 1418 del Código Civil Italiano²²⁰ y conforme a Ruggiero se reducen a las siguientes.

²¹⁷ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 306

²¹⁸ *Ibidem*, p. 305

²¹⁹ *Ibidem*, p. 306 y ss

²²⁰ **Art. 1418 Cause di nullità del contratto.** *Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.* (Causas de nulidad del contrato El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas (obligatorias), salvo que la ley disponga otra cosa.)

a) Cuando el *negocio es contrario a una disposición de ley de interés público*, es decir, preceptos imperativos que no sean derogables por la voluntad privada; por eso son nulos *los actos todos que contravengan una prohibición categórica de la ley, que son contrarios al orden público y a las buenas costumbres*,

b) O bien, *la falta* en el negocio uno *de los elementos esenciales* para -su existencia jurídica, uno de los requisitos sustanciales como son *la declaración de voluntad, la causa, el objeto o un requisito de forma exigido por la ley como elemento esencial del acto* (ejemplos, un contrato celebrado por un demente o un infante, una compraventa sin obligación en el comprador de pagar el precio, una promesa de cosa fuera del comercio, una enajenación de inmuebles o un testamento que no hayan sido hechos en forma escrita, una donación que no haya sido hecha en instrumento público).²²¹

Los efectos o consecuencias jurídicas de la nulidad conforme a la legislación italiana son:

a) *No produce los efectos jurídicos deseados*; el acto nulo no puede crear, modificar ni extinguir la relación jurídica a que se dirigía el declarante (*quod nullum est nullum producit effectum*).

b) *No requiere de declaración judicial*, por esto no precisa de una especial impugnación de la parte para impedir que produzca consecuencias jurídicas ni de un pronunciamiento del Juez ya que la nulidad se produce *ipso jure* y la pronunciación de nulidad tiene función meramente declaratoria;

c) La nulidad puede ser invocada por cualquier persona que tenga interés jurídico y no solamente una de las partes contra la otra;

d) No es susceptible de confirmación y convalidación; por lo que, con ningún medio es posible sanar la nulidad sin que se pueda hablar de confirmación o convalidación respecto de un acto carente de uno de sus requisitos esenciales o que contraviene a las disposiciones prohibitivas; también es imprescriptible pues el

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa (1343), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. (Produce nulidad del contrato la falta de alguno de los requisitos indicados en el art. 1325, la ilicitud de la causa (1343), la ilicitud del motivo en el caso indicado en el art. 1345 y la falta de requisitos de objeto del requisito establecido en el artículo. 1346)

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (190, 226, 458, 778 e seguente, 780 e seguente, 788, 794, 1261, 1344 e seguente, 1350, 1471, 1472, 1895, 1904, 1972). El contrato se anulará también en los demás casos previstos por la ley (190, 226, 458, 778 y siguientes, 780 y siguientes, 788, 794, 1261, 1344 y siguientes, 1350, 1471, 1472, 1895, 1904, 1972).

²²¹ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 307

transcurso del tiempo no es útil para subsanarlo (*quod initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*,

e) "No hay otro medio, pues, que no sea el renovarlo, es decir, repetirlo íntegramente eliminando la causa de la imperfección. Solo por excepción expresamente establecida en la ley derogando el principio de la no confirmabilidad del acto nulo por vicio de forma (art. 1.310) se admite que puedan convalidarse la donación o el testamento nulos por vicio de forma mediante confirmación o ejecución voluntaria de parte de los herederos o causahabientes del donante o testador (artículo 1.311)." ²²²

4.6.3.2. La anulabilidad

Cuando el acto jurídico o negocio adolece de requisitos no graves y que por tanto pueden ser subsanados corrigiéndose con ello el defecto, estima Ruggiero que es no sólo "una *imperfección menos grave* del negocio (en el cual existen, se dan todos los elementos esenciales si bien con algún vicio); es también una *condición jurídica* substancialmente *diversa de la nulidad*... existe y tiene plena eficacia *como si no estuviese afectado* por vicios hasta que la persona interesada y autorizada por la ley a hacer valer el vicio, provoque con una acción o con una excepción la anulación. La eficacia del negocio se halla, pues, condicionada al no ejercicio del derecho a invocar la invalidez de aquel." ²²³

En el Derecho Italiano son causa de anulabilidad:

a) La capacidad menos plena de quien realiza el acto (menor, sujeto a interdicción, inhabilitado). ²²⁴ **Art. 1425 Incapacità delle parti.** *Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare (1441 e seguenti).* **Art. 1425 La incapacidad de las partes. El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz de contratar. (1441 y ss)** *E' parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 428, il contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere (1191, 1934 e seguente). Es también anulable, cuando cumplan las condiciones establecidas en el artículo. 428, el contrato firmado por una persona incapaz de entendimiento o voluntad (1191, 1934 y siguiente).*

b) La *inobservancia de las formas prescritas para tutela de los incapaces* respecto de los actos que para ellos se realizan y sobre todo la falta o imperfección de las autorizaciones o aprobaciones que ciertos órganos (consejo de familia, Magistrado) deben dar en interés de tales personas; ²²⁵

²²² Todos los efectos que han sido señalados los describe Ruggiero. *Ibidem*, p. 311

²²³ *Ibidem*, p. 311 y 312

²²⁴ *Ibidem*, p. 312

²²⁵ *Idem*.

c) Por vicios del consentimiento (violencia, error, dolo). ²²⁶ **Art. 1427 *Errore, violenza e dolo***. *Il contraente, il cui consenso fu dato per errore (1428 e seguenti), estorto con violenza (1434 e seguenti) o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto (1439 e seguenti) secondo le disposizioni seguenti (122, 624).* **Art. 1427 *El error, la violencia y el dolo***. *El contratante, cuyo consentimiento fue dado por error (1428 en adelante), extorsionado por la violencia (1434 y siguientes) o arrebatado con dolo, puede solicitar la anulación del contrato (1439 y siguientes) de acuerdo con las siguientes disposiciones (122, 624).*

4.6.3.3. Efectos de la anulabilidad

a) Produce plena eficacia en cuanto a los efectos jurídicos inherentes al acto jurídico, es como si no estuviera afectado de vicios; el acto anulable puede crear, modificar o extinguir la relación jurídica a que se dirigía el declarante, mientras que el interesado y autorizado por la ley no la invoque con una acción o con una excepción la anulación.

b) *Requiere de declaración judicial*, ya que la anulabilidad no se produce *ipso jure*;

c) La anulabilidad puede ser invocada sólo por el que es incapaz o sufre el vicio; precisa de una especial impugnación del afectado. Por regla general, aquella afectada de incapacidad o cuyo consentimiento fue viciado, o en favor de quien fueron prescritas las formas, o su heredero (art. 1.301) o el que asiste o representa al incapaz (padre que ejerce la patria potestad, tutor, curador).²²⁷

d) Es susceptible de confirmación y por ende de convalidación; es posible sanar la nulidad por la confirmación.

e) Es prescriptible pues el transcurso del tiempo es útil para subsanarlo. Puede por tanto adquirir validez irrevocable; “un medio para darles firmeza definitiva es precisamente el transcurso del quinquenio sin ejercitar la acción.”²²⁸ **Art. 1442 *Prescrizione***. *L'azione di annullamento si prescrive (2962) in cinque anni (428, 761, 775).* **Art. 1442 *Prescripción***. *La acción de anulación se prescribe (2962) en cinco años (428, 761, 775).*

4.6.4 En Argentina

El Código Civil Argentino en vigor desde 1871, al que denominaremos C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*, no contiene expresamente la teoría de la inexistencia. No obstante, la doctrina la ha admitido. En el libro segundo, sección segunda, título VI,

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *Ibidem*, p. 313 y 314

²²⁸ *Idem*.

trata de *la nulidad de los actos jurídicos*, arts. 1037 a 1058 Bis. Sus peculiaridades son: *No puede haber más nulidades que las declaradas en el Código, por lo que no pueden derivarse por analogía.*

Una Comisión de juristas creada por el decreto 191/2011 (BO 28/02/2011), presididos por Ricardo Luis Lorenzetti, elaboraron el *Proyecto de Nuevo Código Civil de Argentina*, y en el año 2014, según el decreto 1795/2014, fue promulgado el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, aprobado por ley 26.994. En éste nuevo Código Civil, sólo se trata a la ineficacia de los actos jurídicos, incluyendo en ella, a partir del art. 382, sólo a la *nulidad absoluta* y a la *nulidad relativa*,.

En cuanto a las especies de nulidad Carlos Alberto Gershi precisa que los actos son *nulos o anulables* en función de la afectación que tengan, *si ésta es evidente, inalterable, manifiesta o no lo sea*; al juez se le deben probar los extremos adecuados para que se pueda pronunciar por la nulidad.²²⁹ La doctrina Argentina, *toma el esquema de la española y considera a las categorías de actos nulos y actos anulables*; sin embargo a diferencia de la española, **no todos los actos nulos lo son de pleno derecho**. El nuevo Código Civil y Comercial Argentino, *ya no emplea la expresión de actos nulos y actos anulables*, ahora distingue entre *la nulidad absoluta y la relativa*, identificando de algún modo a lo que la ley anterior denominaba “*actos nulos*” con la nulidad absoluta; y a lo que se conocía como *actos anulables* con la *nulidad relativa* (Artículo 382), y en él, tampoco se señalan casos explícitos en los que la nulidad absoluta opere de pleno derecho.

Sólo lo serán de pleno derecho aquellos actos nulos (Según el art. 1308 C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield)

- 1º cuando la nulidad es manifiesta, o
- 2º cuando la ley impone la pena de nulidad,
- 3º cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo.

Tocante a la *distinción de los actos nulos y los anulables*, Borda precisa que en el Código Civil Dalmacio Vélez Sarsfield, no está expresado con claridad cuál es el criterio que permite distinguir los “actos nulos” de los “actos anulables”. “No obstante ser tan frecuentes en él las definiciones, esta vez el codificador ha preferido limitarse a enumerar unos y otros.”²³⁰

Dentro de la doctrina civil argentina basada en el C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield, al igual que en la española, hay quienes identifican a la “nulidad” con “nulidad absoluta”, y “anulabilidad”, con “nulidad relativa”; sin embargo, Borda estima que el criterio de clasificación de ambas nulidades es distinto. El de nulos y anulables se basa en *lo manifiesto o no manifiesto del vicio*; el de nulidad absoluta o relativa, en *el tipo de interés que se tutela; si es el público, será nulidad absoluta; en el privado,*

²²⁹ GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 296

²³⁰ BORDA, Guillermo A., op. cit., p. 537

será la relativa.²³¹ No obstante, fuera de ésta distinción, la doctrina tradicional argentina considera que es lo mismo hablar de nulidad y nulidad absoluta, que de anulabilidad y nulidad relativa. Conforme *al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014*, se resuelve ésta problemática que atinadamente había resuelto la doctrina tradicional argentina, ahora se usa la expresión de “Nulidad absoluta” que se origina cuando se contraviene *el orden público*, (Art. 386); igualmente la expresión de “Nulidad relativa” como una sanción que protege el *interés privado* (art. 386).

4.6.4.1. Actos nulos (nulidad absoluta)

Acto nulo conforme al C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield* es aquél cuyo *vicio se halla manifiesto, patente, en el acto mismo*.²³² Como característica peculiar en el derecho argentino, son nulos los actos celebrados por incapaces ya sea de hecho o de derecho; a diferencia del español o mexicano, por ejemplo.

En los artículos 1041 y siguientes de C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*, se establece que son nulos:

a) Los actos jurídicos otorgados por quienes adolecen de incapacidad de hecho, sea absoluta o relativa (arts. 1041 y 1042 C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*).²³³

b) Los otorgados por incapaces de derecho (art. 1042, que se refiere a *las personas relativamente incapaces en cuanto al acto*; y art. 1043 ambos del C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*).²³⁴

c) Los celebrados por quienes dependen para ese acto de la autorización judicial (art. 1042 C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*), como ocurre con los menores

²³¹ Algunos autores (Moyano, Etcheverry Boneo), han sostenido que las clasificaciones de actos nulos y anulables, y de nulidad absoluta y relativa, no hacen sino expresar *idénticos conceptos*. Los actos nulos adolecerían siempre de nulidad absoluta y los anulables, de nulidad relativa... En efecto, *ambas nulidades obedecen a distinto fundamento*: la de actos nulos y anulables se basa en *el carácter manifiesto o no del vicio*; la de la nulidad absoluta y relativa, en el *carácter público o privado del interés que se protege* con la invalidez [...]. La mejor prueba de que estas clasificaciones no son paralelas, es que existen numerosos *actos nulos de nulidad simplemente relativa*, tales como los realizados por los incapaces de hecho o por los menores emancipados, cuando necesitan la autorización judicial; como también los celebrados por algunos incapaces de derecho. *Ibidem*, p. 542

²³² *Ibidem*, p. 539

²³³ Del Código Civil Argentino: Artículo 1041. *Son nulos los acto jurídico otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria*. Y el artículo 1042. *Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario*.

²³⁴ El artículo 1043 del Código Civil Argentino señala: “*Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare*.”

emancipados en las hipótesis previstas en el artículo 135 del Código Civil C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield ...²³⁵

La actuación del juez en un acto nulo si es nulo de pleno derecho, el papel del juez es pasivo, simplemente deberá corroborar la existencia de la nulidad. Si es un caso de nulidad pero que no opera de pleno derecho, el juez deberá decretarla; por tanto, en el caso de la nulidad, en consideración de Borda, es la ley quien la determina taxativamente, además es rigurosa y no se puede estimar cuantitativamente.²³⁶

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, da notas distintivas de la “Nulidad absoluta”; conforme al mismo, ésta se produce cuando se contraviene *el orden público, la moral o las buenas costumbres* (Artículo 386); por ello, si las incapacidades de goce se establecen para tutelar el orden público, entonces deben ser motivo de nulidad absoluta.

La nulidad absoluta en el derecho argentino se apoya en razones de orden público, de interés social, por ello cualquier interesado puede solicitarla,²³⁷ por ello también es inconfirmable puesto que la tutela va más allá del interés de los intervinientes; *la relativa* en cambio, sólo tutela el interés de los intervinientes, de allí que sólo el afectado pueda solicitarla.²³⁸ De lo anterior podemos abstraer y señalar las siguientes

4.6.4.2. Características de los actos nulos (nulidad absoluta)

1º Sobre *la manera cómo opera*. Si es una nulidad que cumple los requisitos para ser de pleno derecho, *opera ipso iure*; en cualquier otro caso será una nulidad que requiere declaración judicial. **En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, no se establecen situaciones expresas en los que la nulidad absoluta opere de pleno derecho; por tanto, requiere ser declarada judicialmente (artículo 390).**

2º Quien la puede invocar es cualquier interesado; inclusive en vista del interés que tutela, se faculta al juez para que oficiosamente pueda decretarla.

3º Es imprescriptible, en cualquier momento se puede demandar la declaración judicial de nulidad.

²³⁵ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 537

²³⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 539

²³⁷ En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad absoluta, la ley dice que sólo procede en el caso de que aparezca manifiesta en el acto (art. 1047), es decir, cuando se trate de un acto nulo; con ello se quiere impedir que el juez pueda abusar de sus poderes, haciendo pesquisas o investigaciones en asuntos privados de los hombres, so pretexto de la existencia eventual de una nulidad absoluta y sin que medie pedido de parte interesada. BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 541

²³⁸ *Ibidem*, p. 540 y ss

4º No se puede convalidar, no se puede por tanto confirmar o ratificar.

5º La nulidad que es de **pleno derecho** no produce ningún efecto ni de carácter provisional, es como si no se hubiera celebrado el negocio; **la que no opera de pleno derecho**, surte efectos provisionales y quedan destruidos retroactivamente con la sentencia de nulidad. Sin embargo, subrayamos que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, no considera a la nulidad de pleno derecho.

En suma, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, considera como características de la nulidad absoluta casi las mismas que el C.C. Vélez Sarsfield señalaba para los actos nulos. La nulidad absoluta: 1. *No opera ipso iure, pues requiere ser declarada judicialmente; aunque*, 2. *Puede invocarse oficiosamente si es manifiesta al pronunciar la sentencia (387)*, 3. *Puede invocarla cualquier interesado*; 4. *No puede ser saneada por la confirmación*, 5. *No puede ser convalidada o saneada por la prescripción (387)*.

4.6.4.3. Actos anulables (nulidad relativa)

En los actos anulables, la razón de invalidez no está manifiesta en el acto, se precisa de un trabajo de indagación o comprobación al juez a fin de que válidamente pueda ser decretada.²³⁹

El artículo 1045 C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield²⁴⁰ enumera los actos anulables:

a) Son anulables aquellos actos jurídicos, en los que una o ambas partes tengan incapacidad accidental, los que están **carentes de su razón**; los dementes no declarados, quienes estén transitoriamente desprovistos de su razón, los ebrios o sonámbulos.

b) Los negocios celebrados por **sujetos con incapacidad impuesta por la ley** desconocida al momento de rubricar el acto. Estima Borda que “*esta disposición es confusa y contradictoria... Creemos que no tiene aplicación práctica posible.*”²⁴¹

c) Cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho. Artículo 1045 C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield

²³⁹ *Ibidem*, p. 539

²⁴⁰ El artículo 1045 de la ley sustantiva civil argentina (Código Vélez Sarsfield). “*Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.*”

²⁴¹ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 538

d) En caso de vicios de la voluntad, fraude o simulación.²⁴² Tratándose de la simulación y fraude, el ordenamiento jurídico alude a los casos en que no sean presumidos por la ley, ya que de ser presumidos, el acto es nulo y no anulable (art. 1044 C.C.D.V.S.).

e) Cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos. También en este caso la ley alude únicamente a los actos solemnes.²⁴³

Conforme al *nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014*, el *nuevo régimen de capacidades e incapacidades de goce y de ejercicio*, es más simple; para el caso de incapacidades, la nulidad relativa *-es la que se deriva del apartado a. del artículo 103 de la aludida ley-*, para los casos de incapacidad de ejercicio. En efecto, en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, la nulidad relativa procede **por vicios** [*Nulidad por error (265), Nulidad por lesión (332), Nulidad por dolo (272)*], **por incapacidad** [*Nulidad por incapacidad de ejercicio (103. a.)*], **por falta de forma** [*Nulidad por falta de forma impuesta (285)*].

El papel del juez en el acto anulable (*nulidad relativa*) no es pasivo sino activo, ya que la ley por sí misma es inoperante para dejar sin efectos al acto jurídico. Para la anulación basada en la nulidad relativa, por tanto, tienen que demostrarse las circunstancias fácticas en que se sustenta, para que el juez esté en condiciones de declararla.²⁴⁴ De ello se derivan las siguientes.

4.6.4.4. Características de los actos anulables

1º La anulabilidad *no opera ipso iure* ya que requiere de la intervención del juez, quien en la sentencia decretará la nulidad.

2º *Quien puede invocar la anulabilidad* es el perjudicado, quien padece el vicio, el incapaz o su representante. Artículo 1158 C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield. *El derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde a la parte que los hubiere sufrido, y no a la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación o fraude.*

²⁴² El artículo 1044 del Código Civil Argentino. “*Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos*”

²⁴³ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 538

²⁴⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 539

3º *Es prescriptible* si no se ejercita la acción de nulidad u opone la respectiva excepción, el juez no puede oficiosamente decretarla, y si además no se hace oportunamente, se extingue el derecho a demandarla.

4º *Se puede convalidar* mediante la ratificación ya expresa o tácita. Artículo 1058. C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield. *La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto.*

5º *Surte efectos provisionales de validez*, mismos que quedan destruidos a partir del momento de la sentencia de nulidad. Artículo 1046. C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield. *Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.*

En el *nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* de 2014, las características de la nulidad relativa son básicamente las mismas: (art. 388).

1. No opera ipso iure; por tanto, tiene que ser declarada por el juez;
2. No puede ser aplicada de oficio por el juzgador, tiene que ejercitarse vía acción u oponerse vía excepción;
3. *Únicamente puede ser declarada* a solicitud de los sujetos en cuyo beneficio se estatuye; ésta característica tiene dos modalidades: (a. *Sólo puede invocarla la otra parte, cuando obra de buena fe y sufre un perjuicio importante.* b. *El incapaz de ejercicio puede alegarla, excepto que se demuestre que obró dolosamente*);
4. Puede ser saneada por la confirmación;
5. Puede convalidarse por la prescripción de la acción

4.6.4.5. Aspectos comunes a una y otra clase de nulidad

Nos referimos a que la nulidad y anulabilidad C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield, en el tienen algunos aspectos que son compartidos.

- Una vez declarada o decretada por el juez, *queda sin efecto el negocio jurídico*. El artículo 1050 de la Legislación Civil Argentina C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield prescribe: *“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.”*
- Los *efectos restitutorios* son consecuencia de la nulidad o anulación decretada. El artículo 1052 de la Legislación Civil Argentina C.C.Dalmacio Vélez Sarsfield establece: *“La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.”*
- Tanto la nulidad como la anulabilidad pueden ejercitarse *vía acción o vía excepción*. El artículo 1058 bis de la Legislación Civil Argentina C. C. Dalmacio

Vélez Sarsfield estatuye: “La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.”

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, los efectos de la nulidad ya absoluta o relativa son básicamente los mismos que en Código Vélez Sarsfield. El código en mención subraya el efecto esencial de las nulidades; una vez pronunciadas por el juez conforme al artículo 390, vuelve las cosas a la situación que se hallaban antes del acto declarado nulo, con la consecuente restitución de lo que mutuamente se habían dado.

4.6.5 En Chile

Regulan la temática los artículos 1681 a 1697 del Código Civil de Chile de 1857, en el Libro IV “*De las obligaciones en General y los contratos*”, en el Título XX bajo el epígrafe “*De la nulidad y la rescisión*”.

La regulación del tema de las nulidades del derecho chileno, en lo general, tiene muchas más similitudes que los otros sistemas jurídicos comparados; de ellos, es el más semejante al mexicano, comparte la estructura tripartita de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, en la que al igual que el derecho mexicano, toda nulidad requiere declaración del juez para que exista tal, incluyendo los casos de nulidad absoluta.

4.6.5.1. Elementos esenciales

Se infieren los elementos de existencia, pues no existe ninguna referencia del texto de la ley sobre *la inexistencia* pero sí en relación a la nulidad de los contratos. Se consideran como los elementos esenciales a: *la voluntad, el objeto, la causa o la solemnidad, exigidas para la constitución jurídica del acto*. Según Antonio Vodanovic, jurídicamente no existe el acto al que le falta un elemento esencial: “órgano vital”; así, una compraventa o el contrato societario, respectivamente no se conciben si falta el precio o sin que haya acuerdo entre los “socios”.²⁴⁵

Las causas de inexistencia son comprendidas en la nulidad absoluta en Chile; Vodanovic hace ésta consideración apoyado en la premisa que el Código engloba a la inexistencia en la nulidad absoluta, y con sustento en el artículo 1682,²⁴⁶ subraya que “las causales de dicha nulidad son las siguientes:

- 1) La falta de objeto;
- 2) El objeto ilícito;
- 3) La falta de causa;

²⁴⁵ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, Manual de Derecho Civil, Vol. II, *op. cit.*, p. 168

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 180

- 4) La causa ilícita;
- 5) La falta de voluntad o consentimiento;
- 6) **La incapacidad absoluta;**
- 7) La omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos.”

4.6.5.2. Elementos de validez.

Los elementos de validez al igual que en el Derecho mexicano son la nulidad absoluta y la nulidad relativa y cualquiera de ellas requieren ser declarada por el juzgador.²⁴⁷ Un acto es nulo *ya absoluto o relativo*, si en su celebración se prescinde de algún requisito de validez; la primera tiene que ver con *el acto mismo*; la segunda con la *calidad o estado de los sujetos*. Habrá nulidad absoluta si se omite algún requisito exigido en relación al acto mismo; habrá nulidad relativa si falta determinada condición pedida en atención a circunstancias subjetivas, esto es, al estado o calidad de quienes lo celebran.²⁴⁸ La forma para distinguirlas es igual a la de los otros sistemas jurídicos que se analizan; es decir, por las causales, por quienes pueden alegarla, si es ratificable o no; y en caso particular de Chile, la duración del plazo de la prescripción, ya que a diferencia del mexicano, en Chile la nulidad absoluta prescribe en 10 años.²⁴⁹

4.6.5.3. Nulidad absoluta.

Las situaciones por las que se produce la nulidad absoluta son conforme al artículo 1682 del Código Civil Chileno, y son las siguientes:

- a) El objeto ilícito;
- b) La causa ilícita;
- c) La omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de los mismos;

²⁴⁷ “... toda nulidad, absoluta o relativa, no produce sus efectos dentro de la legislación chilena, sino en virtud de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Mientras la nulidad absoluta o relativa no ha sido judicialmente declarada, el acto viciado surte todos sus efectos, porque lleva envuelto en sí una presunción de validez, bien que una vez declarada, la nulidad opera retroactivamente y destruye todos los efectos del acto nulo en el pasado.” Cfr. VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 340, y también VODANOVIC H., Antonio, Manual de Derecho Civil, Vol. II, *op. cit.*, p. 178

²⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 167

²⁴⁹ Vodanovic subraya los criterios para distinguir nulidad absoluta y relativa en Chile. “Una y otra nulidad se diferencian en cuanto a: 1) las causales que las producen; 2;) las personas legitimadas para invocar la nulidad; 3) la posibilidad de ratificar o no el acto nulo, y 4) la duración de la prescripción.” *Ibidem*, p. 178

d) La incapacidad absoluta de alguna de las partes.

Que según Vodanovic éstas “*causales de nulidad absoluta son taxativas*”.²⁵⁰

En Chile, la nulidad absoluta no se produce ipso iure, pues mientras no sea decretada por un juez, el acto jurídico surte efectos de validez. La nulidad absoluta no opera de pleno derecho; se desprende del ordenamiento jurídico civil chileno –*alude Vodanovic*–, que toda nulidad debe ser judicialmente pronunciada, aún los casos de nulidad absoluta, surten efectos mientras no haya ese pronunciamiento.²⁵¹

4.6.5.4. Características de la nulidad absoluta en Chile:

Del artículo 1683 del Código Civil Chileno, se deducen las características de la nulidad absoluta:

- No opera ipso iure, pues se necesita pronunciamiento judicial.²⁵²
- El juez puede declararla oficiosamente, sin mediar petición de parte, si la circunstancia de la que deriva es manifiesta en el acto;²⁵³
- Puede ser invocada por cualquiera interesado, pero no por el que ha realizado el acto o el contrato, *sabiendo o debiendo saber* el vicio que lo invalidaba;
- Puede pedir su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley;
- No se convalida por la confirmación, ni se sana con la ratificación de las partes; y
- Es prescriptible, ya que no puede ser saneada por ratificación por un lapso de tiempo que no pase de diez años.²⁵⁴

²⁵⁰ VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 248

²⁵¹ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, *op. cit.*, p. 184

²⁵² tanto la nulidad absoluta como la relativa no producen sus efectos ipso iure o de pleno derecho, esto es, por la sola existencia del vicio de nulidad. Para que se produzcan los efectos propios de la nulidad es menester la existencia de una sentencia judicial firme o ejecutoriada, que declare la nulidad del acto o contrato. VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 276

²⁵³ El Código Civil dispone que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683). VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, *op. cit.*, p.180

²⁵⁴ La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de diez años (C. Civil, art. 1683). Después de este plazo no puede alegarse la nulidad absoluta, y la razón se encuentra en la necesidad de consolidar los derechos al cabo de cierto tiempo. La prescripción de que se habla pone término al derecho de alegar la nulidad sea como acción o excepción. *Ibidem*, p. 184

4.6.5.5. Nulidad relativa

Los casos de nulidad absoluta se infieren del artículo 1682 del ordenamiento que se analiza que establece “*Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.*” Vodanovic expone los supuestos en los que se actualiza la nulidad relativa en Chile y son “los siguientes:

- 1) Los actos celebrados por incapaces de ejercicio, sin intervención *de sus representantes legales*;
- 2) En los casos de error substancial (error nulidad);
- 3) En los casos que hay violencia o intimidación (Fuerza);
- 4) En los casos que haya dolo principal, y
- 5) Si faltan las formalidades señaladas en razón al estado o calidad de las personas que celebran o ejecutan el acto.
- 6) Los casos de lesión, cuando la ley la tiene como vicio del consentimiento, no cabe aquí la lesión puramente objetiva.²⁵⁵

Los actos anulables surten efectos de válidos mientras no haya declaración judicial. No obstante sus vicios, surte efectos de validez como si no los tuviera. “La única diferencia entre el acto válido y el anulable es que este último se puede invalidar.”²⁵⁶

4.6.5.6. Características de la nulidad relativa en Chile:

Del artículo 1684 del Código Civil Chileno se deducen las características de la nulidad relativa.

- No opera ipso iure pues requiere declaración judicial
- No puede decretarse oficiosamente sólo lo hace el juez a pedimento de parte; aún y cuando sea manifiesta en el acto o contrato mismo.
- No puede pedirse su declaración por el ministerio público;
- Únicamente pueden invocarla aquellos en cuyo beneficio se ha establecido por las leyes o por sus causahabientes. Es decir, aquella persona cuya voluntad fue

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 185

²⁵⁶ VIAL DEL RIO, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 249

viciada; la persona en consideración a cuya calidad o estado la ley requirió para el valor del acto el requisito o formalidad omitido; el incapaz de ejercicio o su representante.²⁵⁷

- Puede sanearse por la ratificación de las partes lo que equivale a la confirmación y convalidación.
- Es prescriptible ya que se convalida por el lapso de tiempo.

4.6.6 La inexistencia y la nulidad en el Código Europeo de Contratos

4.6.6.1 Antecedentes

En el contexto de la Unión Europea, sobre la necesidad de un derecho uniforme se ha expresado que *“es difícil concebir un mercado único regido por una pluralidad de ordenamientos legales...el profesor Zimmermann propone buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos derechos privados nacionales para, de este modo, formar el núcleo de un nuevo derecho común europeo que pueda constituir la base de un Código Civil para toda Europa”*²⁵⁸ O bien, dicho en palabras de José Carlos Fernández Rozas, *“El mercado único, exige un derecho uniforme”*.²⁵⁹

En aras de lograr ese derecho uniforme, merecen especial referencia tres modelos: el *Contract Code* de Mc Gregor de 1965; el *Principles of European Contract Law*, Principios de Derecho Contractual Europeo de 1980; y el *Código Europeo de Contratos* que se comenzó a gestar desde 1990.

En estos trabajos, la influencia del derecho romano ha sido muy importante pues se ha tenido como un elemento orientador de unificación. Al respecto, Leonardo Espinosa señala algunas de las características y principios iusromanistas que han sido tomados como eje iluminador y en éste tenor refiere que *“desde la autonomía de la voluntad, pasando por la consensualidad, la libertad de forma, el clásico principio de pacta sunt servanda, la excesiva onerosidad, la rescisión por lesión, la cláusula rebus sic stantibus, la restitutio in integrum, han desempeñado especial papel en las propuestas de unificación, cualquiera que sea el lugar geográfico en las que ellas se hayan gestado. Vale decir que la pluralidad de elementos culturales e idiomáticos se ha «vencido» con la unidad que brinda el derecho e instituciones de fuente común romana.”*²⁶⁰

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 258

²⁵⁸ VAQUER ALOY, Antoni, en el prólogo a la traducción de la obra de ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p.11 y 12.

²⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, p. 160.

²⁶⁰ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, “Hacia un sistema contractual uniforme: Modelos comparados”, *Civilizar*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Enero 2004, p. 8.

De los grandes modelos existentes, el más familiar a nuestra cultura jurídica romano-germánica es el de Giuseppe Gandolfi, amén que es el más reciente y a la vez el más incluyente como más adelante lo referiremos; también es importante aclarar que ninguno de ellos goza de carácter oficial, sin embargo, –escribe García Cantero– “aunque carecen de cualquier mínima fuerza de obligar, por no haberlos hecho suyo la UE; en consecuencia, no poseen más autoridad que la científica de quienes los han elaborado. Pero resulta innegable que ambos Proyectos han surgido, hic et nunc, oportunamente, en la presente coyuntura histórica, y no en otra, de modo que cualquiera de ellos, o ambos a la vez, podrían ser adoptados oficialmente por la UE, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla.”²⁶¹

De los modelos existentes tenemos: **1.- Contract Code de Mc Gregor**, fue redactado por H. Mc Gregor para la *Law Comisión* inglesa en 1965 y es una síntesis del Derecho inglés y escocés.²⁶² **2.- Principles of European Contract Law**. Principios de Derecho Contractual Europeo, “Proyecto Lando”, “Comisión Lando”. Impulsada por el profesor de Copenhague Ole Lando, quien viene trabajando desde 1980 y se ha basado de manera preponderante en la experiencia inglesa extrayendo principios básicos del *civil law* y del *common law*. A diferencia del trabajo global que se ha desarrollado para la elaboración del Código Europeo de Contratos. En el proyecto Lando, “se detallan *principios comunes* en los países de la Unión Europea (*sic*) relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes... habla de principios y, fundamentalmente y sobre todo, de principios. Lo que tiene una grave inconveniente para nuestras tradiciones jurídicas, latinas o germánicas, al inclinar la balanza a favor del *Common law*, a pesar de ser un sistema jurídico minoritario dentro de la Unión Europea... –además–, el formular una serie de *principios* tampoco sirve de nada, porque los principios sólo tienen sentido dentro de un *sistema*... Aquí se trataría de principios sistemáticos, procedentes de diversos sistemas, pero ¿en qué orden, rango o prelación? Aparte de esto están los principios generales del Derecho, en sentido estricto, y los principios constitucionales.”²⁶³ Este Proyecto ha trabajado por comisiones; a diferencia del de Gandolfi en el que ha sido global –*todos sus participantes han intervenido en todo momento, es decir, tanto en las propuestas, observaciones, discusiones y en la aprobación*–. La aludida Comisión conforma el *Group Study of European Civil Code*, integrada por el Profesor Christian V. BAR, quien realiza

²⁶¹ Por UE debemos entender “Unión Europea”. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, “La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavia*, Universidad de Zaragoza, 2000, p.1.

²⁶² VATTIER FUENZALIDA, Carlos. “El anteproyecto de Pavia”, *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson /Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 419-436, p. 421.

²⁶³ DE LOS MOZOS, José Luis, “El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia”, *Diario La Ley*, No. 5629, Octubre de 2002, Madrid, consultable en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/CCPavia.html>, recuperado el 27 de septiembre de 2012.

los principios del Derecho patrimonial europeo, en coordinación con otras fracciones que se ocupan de otras materias, entre las que se encuentran los seguros, las garantías, los contratos de larga duración y los trusts, entre las diversas fracciones o grupos sobresale el *European Group on Tort Law* (Grupo Tilbury/Viena), dirigido por Miguel MARTÍN CASALS, la Academia de Derecho Europeo de Tréveris, el Grupo de Trento, el *Acquis Group*, los trabajos científicos realizados en las Universidades de Utrech y de Lovaina, de la Universidad de Münster, la *Society of European Contract Law*, que es una asociación de profesores y profesionales para promover el mercado interior por medio de la armonización del Derecho contractual europeo.²⁶⁴ **3.- Código Europeo de Contratos, conocido como “Anteproyecto de Pavia” o “Proyecto Gandolfi”.** Es el resultado que se obtuvo a partir del Congreso celebrado en Pavia en 1990, la particular importancia de dicho Congreso fue que se convocó *“con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias... La respuesta de los asistentes al Congreso de Pavia fue abrumadoramente mayoritaria en sentido afirmativo, concretándose que la preparación de semejante cuerpo legal europeo debía partir del Codice civile de 1942, y del manuscrito aportado – y posteriormente publicado– al Congreso por el Prof. inglés Mc Gregor, en relación con el derecho contractual de su país (trabajo encargado al autor inicialmente por la Law Commission del Parlamento inglés, con vistas a una eventual unificación con el derecho escocés, idea ulteriormente abandonada), bien entendido que el señalamiento de ambos textos lo era en concepto de referencias genéricas y de modo orientativo, y en modo alguno significaban un criterio limitativo o restrictivo. Gandolfi promovió, con otros juristas europeos asistentes al Congreso, la creación de la Academia de Jurisconsultos europeos, con sede en Pavia, que, de modo fundamental, ha institucionalizado la idea codificadora europea. En la actualidad forman parte de aquella Academia alrededor de setenta miembros pertenecientes a todos los países miembros de la UE, más Suiza, y se ha iniciado recientemente una línea aperturista para la admisión de civilistas no comunitarios, tanto de los antiguos países del Este, como hispanoamericanos.”*²⁶⁵

A raíz de dicho Congreso, el iuscivilista y romanista *Giuseppe Gandolfi*, acreditado comparatista italiano es propuesto como el coordinador de la Academia de iusprivatistas de Europa y se establece como sede de la misma, en la Universidad de Pavia, y su objetivo es la elaboración de un Código Europeo de Contratos. Su presidente fue Alberto Trabucchi, le siguió André Tunc, posteriormente José Luis de Los Mozos.

Ha de señalarse que dicha obra parte de concepciones más abiertas, pues incluye prácticamente a toda Europa; es decir, al derecho inglés, a la tradición

²⁶⁴ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, et al., en AA.VV., *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia)*. Vols. I-II, Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2003. p. 16

²⁶⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *op. cit.*, p. 2 y ss.

jurídica romano-germánica, y de la codificación europea, y en particular del Codice civile de 1942.

Cuando se concluyó el Libro Primero de dicho proyecto, el 16 de octubre de 2000 fue presentado en Bruselas al Parlamento Europeo. El profesor español José Luis de los Mozos señala: *“El caso es que el profesor Giuseppe GANDOLFI, al que se le ocurrió la idea, teniendo el valor de llevarla a cabo, y yo, presentamos el anteproyecto, con ocasión de haber terminado el libro primero, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo en Bruselas, el 16 de octubre de 2000, y tuvo tan buena acogida que, por mi parte, no la hubiera podido imaginar con anterioridad... debido, en gran parte, a la perspicacia y a la gran sensibilidad jurídica de la Presidente de la Comisión, Ana Isabel de Palacio, tanto que nos invitaron, al mes siguiente, en 21 de noviembre, a otra comparecencia en la que pudimos informar ampliamente sobre la oportunidad de nuestro intento de codificación del Derecho de contratos, en cortés concurrencia parlamentaria con los profesores Ole LANDO y Ch. VON BAR.”*²⁶⁶

Como una de sus características es que el trabajo ha sido global –a diferencia del Proyecto Lando, que ha sido en comisiones– lo que permite la participación de todos sus miembros tanto en las propuestas, las discusiones y en su aprobación. Por esa globalidad es que en las reuniones de trabajo se recurre a los idiomas inglés, alemán, español, francés e italiano, por lo que es un texto “pensado y redactado en una lengua latina” –como lo refiere el profesor español García Cantero, miembro de esa Academia– *“se trata de un texto de aplicación virtualmente universal, ya que pretende regir tanto los contratos civiles como los mercantiles, bien sean celebrados entre empresarios o entre éstos y los consumidores; atiende al Derecho comunitario, en especial en lo atinente a la protección de los consumidores; omite categorías abstractas que podrían generar resistencia en el Derecho anglosajón.”*²⁶⁷

De los tres modelos antes referidos, el más compatible con nuestro derecho civil mexicano, por ser el más emparentado a nuestra cultura jurídica es el de Giuseppe Gandolfi, por ello es que nuestro trabajo comparativo lo basaremos en él.

4.6.6.2 Las ineficacias en el Anteproyecto de Pavia (Giuseppe Gandolfi).

En el Título XI, bajo el epígrafe *“Otras anomalías del contrato y sus remedios”*, sección 1. Anomalías regula como anomalías a: la inexistencia, la nulidad, la nulidad parcial, la anulabilidad; pero además se refiere a la ineficacia, inoponibilidad, caducidad, y el error e intimidación como vicios de la voluntad; además de la simulación y reserva mental.

²⁶⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, “El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia”, *Diario La Ley*, No. 5629, Octubre de 2002, Madrid, consultable en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/CCPavia.html> recuperado el 27 de septiembre de 2012.

²⁶⁷ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, *op. cit.*, p. 24

4.6.6.2.1. La inexistencia en el Proyecto Gandolfi

Una de las novedades que contiene el *anteproyecto*, es la concepción de la *inexistencia*, entendida como una categoría autónoma, distinta de la nulidad.²⁶⁸ En éste sentido, según Vattier, *“debe resaltarse que la inexistencia se ha elevado aquí al plano normativo, adquiere autonomía institucional, con un régimen propio, sin que se confunda con la nulidad.”*²⁶⁹ En el Régimen de la Academia de Pavia, *“se puede entender que la inexistencia es una anomalía que afecta a la estructura del contrato y que tiene lugar cuando un hecho, acto, declaración o situación es reconocible externamente, pero no identificable socialmente como un contrato.”*²⁷⁰

El artículo 137 del Código Europeo de los contratos hace dos consideraciones de inexistencia de contrato; una general y otras particulares.

De manera *general* considera no hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.

De manera *particular*, se considera que no hay contrato en varios supuestos, mismos que a continuación se refieren:

a) *Si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que puede llegar a ser un sujeto –como un concebido o una sociedad anónima antes de la inscripción– y mientras llega a existir.* De lo anterior se pueden advertir dos grandes supuestos; primero que no exista un destinatario de una oferta; y segundo que si lo haya pero que carezca de capacidad jurídica. En el primero de ellos, resulta evidente la consideración ya que para sin un sujeto como destinatario de la oferta no podría haber una aceptación y por ende no se alcanzaría el acuerdo de voluntades o consentimiento indispensable para el nacimiento del contrato, a éste respecto se considera que las llamadas personas irregulares así como el nasciturus se consideran por el proyecto como personas en potencia, y por ende, son consideradas para los efectos del contrato; el segundo de ellos implica que frente al destinatario de

²⁶⁸ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavia”, *Nulidad. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2005, Proyecto de Investigación sobre “Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos”, pp. 19-11. CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista Electrónica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2005, p. 2. Consultable en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=58> recuperado el 10 de julio de 2012.

²⁶⁹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de los contratos”, *Principal*, 2006, *Nulidad. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2006, Proyecto de Investigación sobre “Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos”, pp. 1-27, CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista Electrónica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, p. 4. Consultable en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=215> recuperado el 11 de julio de 2012

²⁷⁰ *Idem.*

la oferta existe un sujeto carente de capacidad jurídica que acepta, sin embargo ese consentimiento, conforme al proyecto, no puede tenerse como tal ya que origina la inexistencia del contrato. Es de advertir que en nuestro derecho mexicano ésta situación no engendra la inexistencia sino la nulidad del contrato.

b) *Si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad.* Desde luego que una oferta o declaración de voluntad que carece de objeto o prestación, no podría inclusive considerarse como una auténtica oferta. *¿Quién podría aceptar celebrar un contrato, si no se indica ni siquiera el tipo de contrato (objeto directo) y las conductas concretas que deberán hacerse, la cosa o cosas que se deberán dar a cambio (objeto indirecto)?* En efecto, la falta de objeto engendra la inexistencia del contrato tal y como lo regula el derecho mexicano.

c) *Si la aceptación –con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7– no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última.* Habida cuenta que el consentimiento se forma de dos manifestaciones de voluntad; esto es, de una oferta y una aceptación, y que la aceptación para que sea tal, deberá ser una respuesta congruente con la oferta; luego entonces, si la aceptación no corresponde con la oferta, estrictamente no sería una aceptación, es por ello que el proyecto en mención considera al supuesto tratado como caso de inexistencia. En el derecho mexicano engendra la misma consecuencia, habría inexistencia del contrato por falta de consentimiento; más aún, los casos que la doctrina jurídica mexicana considera de error obstáculo engendran la inexistencia del contrato por falta de consentimiento, ya que en estos casos se parte de un consentimiento aparente. En consensualismo predominante en el derecho contractual moderno puede engendrar ese carácter equívoco de la oferta, puede provocar un aparente consentimiento; en un primer momento cada una de las partes podría percibir que hay un acuerdo de voluntades porque cada una de ellas lo hace desde su fuero personal; mas sin embargo, cuando se hace un análisis sobre el contenido de la oferta y la aceptación, caemos a la cuenta que realmente no lo hubo. Cuando una persona vende una cosa, y el comprador creé que está comprando otra la aceptación que se ha dado no corresponde con la oferta, por ende no existe compraventa; cuando una persona cree estar transmitiendo la propiedad de una cosa a través de una compraventa, y la otra cree que está adquiriendo a título de liberalidad, realmente no hay consentimiento porque la aceptación no corresponde con la oferta; por tanto no existe ni compraventa, ni donación.

Por otro lado, los apartados 6 y 7 del artículo 16 del mismo proyecto respectivamente señalan: 6. *Una aceptación no conforme a la oferta equivale a su rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo previsto en el apartado siguiente.* Y el 7. *Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no modifican substancialmente la oferta por referirse a aspectos marginales del negocio, y el autor de la oferta no comunica rápidamente su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera perfeccionado conforme*

a la aceptación. El primero de ellos implica que, una aceptación que no es congruente con la oferta, en estricto derecho no debería ser tenida ni como aceptación, más bien es una contra oferta; empero, cuando no se modifica esencialmente la oferta por recaer en cuestiones secundarias o accesorias, si el autor de la oferta no se inconforma mediante un comunicado rápido, se entenderá perfeccionado el contrato pero en base a la aceptación. Lo anterior se podría explicar verbigracia, si se ofrece vender el libro A, en \$100.00 (oferta); el destinatario de la oferta responde que pagaría esos \$100.00 pero por el libro B, ésta última manifestación de voluntad evidentemente no puede tenerse como una aceptación sino más bien como una nueva oferta. En cambio, Si se ofrece vender un vehículo nuevo Marca X, Modelo Y, color rojo, en \$100,000.00 (oferta); y el destinatario de la oferta responde que pagaría esos \$100,00.00 pero por un vehículo nuevo Marca X, Modelo Y, color azul, en principio pudiéramos entender que la aceptación implica una modificación que según las circunstancias podrá ser no esencial –por ejemplo el color–; así, si el oferente no comunica su inconformidad de manera rápida, existe el contrato y en su momento deberá entregarse el vehículo en color azul, porque así se propuso en la aceptación y el oferente no se inconformó.

d) *Si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aún existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles.* El objeto indirecto de los contratos puede ser un hecho o una cosa; la oferta como declaración de voluntad debe ser completa, lo mismo la aceptación; por ende, es incompleta y además no pueda atribuírsele valor jurídico como tipo contractual; (por ejemplo la cosa y el precio cierto y en dinero para la compraventa, la cosa cuyo uso se transmitirá y la renta que se pagaría para un arrendamiento; o los actos jurídicos que se deberán ejecutar a nombre de otro y la retribución o no retribución que se pagaría en cambio para un mandato; entonces, al faltar definición de hechos, actos, situaciones etcétera serían incompletos y no podría por ende atribuírseles valor ni como compraventa, ni como arrendamiento, ni como mandato. Lo anterior a través de los requisitos de la oferta ya que debe contener los elementos característicos del acto jurídico o contrato que se pretende, así como de la imposibilidad física o jurídica del objeto, nuestro derecho civil mexicano también nos conduce a la inexistencia de los contratos.

Por último, el proyecto se pronuncia la nulidad en lugar de la inexistencia de los contratos. El apartado 3 del citado artículo señala: *En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.*

4.6.6.2.2. Consecuencias de la inexistencia en el Proyecto de Código Europeo.

El artículo 138 del Proyecto de Código Europeo, reglamenta la situación derivada de la inexistencia en los siguientes términos: *La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución prevista en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el sólo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, y con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de dicha declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar al Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.*

En base al artículo 139 del Proyecto podemos derivar las siguientes:

- No produce efectos jurídicos en el ámbito contractual (salvo la obligación de restituir y la responsabilidad por daños).
- No es susceptible de regularización o corrección.
- Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el pretendido contrato.
- Es imprescriptible
- No requiere declaración judicial, aunque los interesados pueden obtenerla para que haya constancia de ella.

En el derecho civil mexicano, los efectos de la inexistencia se equiparan a los que se le atribuyen en el Proyecto de Código Europeo de los Contratos. En primer lugar, conforme al proyecto la inexistencia no produce efectos jurídicos en el ámbito contractual; esto, equiparable al derecho mexicano la inexistencia es la nada jurídicamente hablando y no produce efecto legal alguno; en segundo lugar, conforme al proyecto, la inexistencia no es susceptible de regularización o corrección, éste aspecto también, cualitativamente equiparado con el derecho civil mexicano tenemos que en éste la inexistencia no es susceptible de valer por confirmación o ratificación ya que de la nada no podría derivar una confirmación o ratificación; en tercer lugar, el proyecto estima que cualquier interesado puede actuar como si no existiera el pretendido contrato, de igual manera, en esencia, el derecho mexicano considera que la inexistencia puede invocarse por todo interesado ; en cuarto lugar, conforme al proyecto la inexistencia es imprescriptible tal y como se concibe en el derecho civil mexicano; por último, en el proyecto la inexistencia no requiere declaración judicial, sin embargo, para que haya constancia de ello, permite que los interesados puedan obtenerla, aspectos estos que en el derecho mexicano también son

parecidos ya que no se requiere declaración judicial, más sin embargo si en un juicio la litis versa sobre la inexistencia y el juez advierte que en el caso particular la hay, el juez así lo constatará y lo declarará, no porque sea necesario que lo haga, sino que como resultado de la sentencia el juez constatará así, se reconocerá que el acto o contrato de cuya litis se trata, nunca ha existido y por tanto no ha producido efectos jurídicos como tal.

4.6.6.2.3. La nulidad en el Proyecto Gandolfi

Sobre la nulidad en el Anteproyecto de Pavia, Vattier Fuenzalida señala: *“El régimen del AP no se aparta de los cánones habituales, aunque su redacción es un tanto farragosa y prolija”*.²⁷¹ En efecto, coincidimos en que es desordenado, confuso, minucioso y redundante; sin embargo, desde nuestra perspectiva, se aparta demasiado del derecho civil mexicano ya que tenemos un esquema de nulidades distinto al del Código Europeo, o el Español, por ejemplo. El esquema de nulidades mexicano se basa en la diferenciación de nulidades en absolutas y relativas; en cambio en del Código Europeo se funda en la nulidad y la anulabilidad. *No es exacto que la nulidad del Código Europeo sea equiparable a la nulidad absoluta de nuestro régimen mexicano, ni mucho menos que la anulabilidad en el régimen del Código Europeo sea equiparable a nuestra nulidad relativa; sólo hay ciertos aspectos en los que se asemejan, pero muchos otros más son en los que difieren.*

La nulidad es tratada en los artículos 140 a 145 del Proyecto Gandolfi. El primero de ellos señala las causas de nulidad *que pudiéramos llamar generales* pues se admite la disposición en contrario de la misma ley; es decir, en aquellos casos que a pesar de situarnos en una causal de nulidad, la misma ley prescriba la validez del acto específico cuya eficacia refiera de manera expresa a pesar de situarse en una causal general de nulidad; lo anterior es así porque, el artículo en comento establece que *“Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo:”* y después desarrolla las causas *generales* de nulidad.

4.6.6.2.3.1. Las causas generales de nulidad.

Sobre éstas, de manera cualitativa podemos determinar que, conforme al Proyecto estudiado, el contrato será nulo cuando: a) *es contrario a derecho* (contra *legem*) o a las *buenas costumbres*; y, b) cuando falten algunos de los elementos esenciales determinados en el mismo Proyecto.

²⁷¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Invalidéz e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de los Contratos”, *Principal*, 2006, Universidad de Zaragoza, 2006, p. 6

a) Que el contrato sea contrario a derecho (normas prohibitivas o imperativas) o a las buenas costumbres, implica en el Proyecto²⁷² cualquiera de las siguientes posibilidades:

- Que sea contrario al orden público; (*No confirmable*)
- Que sea contrario a las buenas costumbres; (*No confirmable*)
- Que sea contrario a normas imperativas que tutelen intereses generales; (*No confirmable*)
- Que sea contrario a normas imperativas que tutelen situaciones de importancia social primaria; (*No confirmable*)
- Que sea contrario a cualquier norma imperativa aplicable.
- Cuando haya sanción penal para las dos partes por la celebración de un contrato.
- Cuando se celebra sin la previa autorización administrativa requerida

b) Cuando falten algunos de los elementos esenciales determinados en el mismo Proyecto. De manera particular, en el inciso c) del artículo 140 del proyecto establece también como causa de nulidad *“Cuando falten alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5; en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación”*.²⁷³

Ahora bien, los apartados 3 y 4 del artículo 5 del ordenamiento que se analiza señalan respectivamente; el primero de ellos, que los elementos esenciales del contrato son dos: el acuerdo de las partes y el contenido (de ese acuerdo, lo que en la doctrina mexicana hemos denominado como consentimiento y objeto); el segundo de ellos se refiere a la forma, en el sentido de que sólo será necesaria cuando el propio código así lo exija.²⁷⁴

En el derecho civil mexicano, los supuestos analizados en el inciso a) se identifican con la ilicitud en el objeto, situaciones que serían por regla general, actos afectados de nulidad absoluta; y los que se expusieron en el inciso b) en cuanto al Código Europeo, llevados al plano del derecho civil mexicano, ni siquiera son casos de nulidad, más bien lo son de inexistencia.

²⁷² Incisos a y b del artículo 140 del Código Europeo de Contratos, respectivamente señalan como causas de nulidad: a) Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, o a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria; b) Cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable. También el apartado 4 del mismo numeral señala: 4. Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración. Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida.

²⁷³ Inciso c) del artículo 140 del Código Europeo de Contratos.

²⁷⁴ Apartados 3 y 4 del artículo 5 del Proyecto Gandolfi respectivamente señalan: 3. Los elementos esenciales del contrato son: a) El acuerdo de las partes; b) el contenido. 4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código.

4.6.6.2.3.2. Los casos especiales de nulidad

Los casos especiales de nulidad se extienden a:

De los incisos d) y e) del artículo 140 del Proyecto del Código Europeo²⁷⁵ se colige que fuera de los casos previstos por el artículo 140, también se debe considerar como casos de nulidad, aquellos en los cuales de manera especial, ya sea en el *Código Europeo* o en la *ley aplicable*, se señale como *sanción* la nulidad, o como *requisito* indispensable para que el acto sea válido; inclusive, también habrá nulidad cuando haya *expresiones semejantes*, –por ejemplo– “*el contrato es ineficaz cuando...*” o “*para la eficacia del contrato se requiere ...*”, que debemos tenerlos también como casos especiales de nulidad. Consideramos que si bien, ésta disposición da claridad y no deja dudas para los efectos de interpretación; sin embargo, si no hubiera ésta disposición a fin de cuentas podríamos llegar a la misma solución recurriendo a las reglas hermenéuticas de interpretación de normas, y a través de la regla que predica que *la regla especial deroga a la general*, se podría resolver el problema de interpretación; empero, no está de más que sea el mismo Código quien haga esa aclaración, pues no se trata de un código que esté circunscrito para una tradición jurídica en particular como la jurídica *romano germánica*, o la del *common law*, –por ejemplo–, sino que es un Código común para varios Estados y por tanto, se debe para las diversas tradiciones jurídicas; por ello es que se justifica la importancia de clarificar éstos criterios hermenéuticos que pudieran no ser comunes a otras tradiciones jurídicas distintas a la nuestra.

El apartado 5 del artículo 140 del ordenamiento analizado describe otra causa de nulidad muy *sui géneris* que se actualiza para aquella parte que en el cumplimiento del contrato se enclave en una actividad ilícita; sin embargo, ésta nulidad no alcanza a la parte que no ha realizado o participado en la actividad ilícita.²⁷⁶ Lo anterior, llevado al plano del derecho civil mexicano, para aquellas legislaciones de los estados que sean finalistas, es decir, en las que se considera como causa de nulidad la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico serían casos de nulidad absoluta.

²⁷⁵ d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación; e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante.

²⁷⁶ 5. Si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora.

4.6.6.2.3.3. Conflicto de leyes en el espacio.

El apartado 3 del artículo 140 del Código Europeo de Contratos²⁷⁷ considera para los casos en que cuando haya conflicto entre las normas de la Unión Europea y la de sus Estados pertenecientes, sólo prevalecen las de los Estados miembros si se cumplen los siguientes requisitos:

1. Que sean de *utilidad social nacional*; y,
2. Que sean conforme a los *principios constitucionales fundamentales* de igualdad, solidaridad social y tutela al ser humano que estén *vigentes* en cada uno de los Estados.

Si no se cumplen tales exigencias, estimamos que deben prevalecer las normas de la Unión Europea.

4.6.6.2.3.4. Efectos de la nulidad

El efecto inmediato de la nulidad según el maestro José Luis De los Mozos: "es que el contrato, como consecuencia de su invalidez, no produce efecto en cuanto tal, de acuerdo con la vieja máxima: *quod nullum est, nullum producit effectum*."²⁷⁸ De allí derivan otras consecuencias como la restitución de las prestaciones cuando ello es posible, o la reparación de daños. Los efectos de la nulidad están determinados en el artículo 141 del cuerpo normativo que se analiza y los sintetizamos en los siguientes:²⁷⁹

- Ausencia de efectos jurídicos en el ámbito contractual desde el origen del mismo, excepto la restitución y la responsabilidad por daños.

²⁷⁷ 3. En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados.

²⁷⁸ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, "Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía", *op. cit.*, p. 4, en nota 268.

²⁷⁹ Artículo 141. Efectos de la nulidad. Salvo lo previsto en los artículos siguientes, la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161. La nulidad se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Si el contrato todavía no se ha cumplido, la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

- Requiere declaración, aunque no es siempre necesaria la declaración judicial, ésta será necesaria sólo que no sea suficiente la declaración (con todas las indicaciones necesarias) que la parte que pretende invocarla dirija a la otra parte.
- Es prescriptible (prescribe a los 10 años desde la celebración del contrato).

Con motivo de la nulidad, desde el momento que se celebra el contrato carece de efectos jurídicos desde el ámbito contractual; lo que quiere decir que no surte efectos jurídicos como contrato, lo que desde nuestra perspectiva no impide el que pudiera producir efectos como otra fuente de obligaciones distinta al contrato como pudiera ser un hecho jurídico *–lícito o ilícito–*, la gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa, por ejemplo.

El que no requiera declaración judicial implica que se actualiza por el mero hecho de que concurran los supuestos previstos; más sin embargo, el sujeto que la quiera hacer valer, debe hacer constar esa nulidad antes de que transcurra el plazo de prescripción. ¿Qué se requiere para hacer valer la nulidad? Los requisitos que deben darse son:

1.- Una declaración de voluntad dirigida por la parte que la pretende hacer valer; en esa declaración deberá contener las indicaciones sobre la o las causas de la nulidad (esa declaración deberá ser por escrito si el contrato excede de 5.000 Euros); si con esa declaración hecha a la otra, ésta última se manifiesta conforme habrá surtido sus efectos esa declaración; y en caso contrario,

2.- Por declaración judicial; es decir, deberá ejercitarse la acción declarativa de nulidad del contrato.

Conforme al proyecto podemos entender que la acción de nulidad se presenta como el camino último, sólo que las partes no hayan alcanzado un acuerdo; por ello es que, hasta que no transcurran 6 o 3 meses desde que la parte haya recibido de su contratante la declaración de nulidad, hasta entonces se podrá admitir por el juez la demanda declarativa de nulidad.

Tocante a la prescripción, puede invocarse *vía acción* o *vía excepción*; en el primer caso, la declaración o la acción declarativa de nulidad prescribe a los 10 años desde la celebración del contrato; en el segundo caso, podemos interpretar que el proyecto se inclina por la validez del contrato, pues cuando se ejercita alguna acción relativa ya sea al cumplimiento o incumplimiento del contrato, cabe la posibilidad de que sea el demandado quien por *vía excepción* invoque la prescripción de la nulidad; en éste caso, *si el contrato todavía no se ha cumplido*, no es necesario recurrir a los diez años antes referido, pues señala el Proyecto que *la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción concedida para exigir el cumplimiento*.

4.6.6.2.3.5. Confirmación del contrato nulo.

En el Proyecto de Pavia, los contratos que sean nulos en virtud de serlo *contra legem* no pueden confirmarse; los que sean nulos por otras causas, pueden ser confirmados. De acuerdo al artículo 143 del ordenamiento en comento, no es confirmable, ni es susceptible de nulidad parcial, ni de conversión, ni de ninguna otra corrección. El contrato que sea nulo por ser:

1. Contrario al orden público;
2. Contrario a las buenas costumbres;
3. Contrario a normas imperativas que tutelen intereses generales;
4. Contrario a normas imperativas que tutelen situaciones de importancia social primaria;

Los contratos que sean nulos por otras causas distintas a las anteriores pueden ser confirmados. La confirmación conforme al artículo 143 del Proyecto *“tendrá lugar mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminen la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio”*.

4.6.6.2.3.6. La nulidad parcial.

El artículo 144 del ordenamiento en comento²⁸⁰ considera el supuesto para cuando la causa de nulidad no afecte a todo el contrato sino *sólo a una cláusula o parte del contrato*, no hay razón para que sea nulo en su totalidad; por tanto, la otra parte del contrato será válido. Si el contrato es *coligado* o con *tres o más partes*, habrá nulidad parcial, en el *primer caso* si la nulidad de un contrato, no importa la de los demás; o en el *segundo caso*, si la nulidad del contrato importa sólo la obligación de una sola de las partes y las obligaciones de las otras partes no se ven afectadas, pero

²⁸⁰ Artículo 144. Nulidad parcial. Dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 143, apartado 1, si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes. En los contratos coligados o con más de dos partes, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos o a la obligación de una sola de las partes, el principio contenido en el apartado 1 del presente artículo se aplica si el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no reviste un alcance esencial en el contenido del negocio en su conjunto. La regla contenida en el apartado 1 del presente artículo no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra. La nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que puedan las partes alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172. La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula diferente.

que además el *contrato nulo* o la *obligación* de una sola de las partes no resulte ser esencial en el contenido del negocio en su conjunto, a menos que del contrato o de las circunstancias que lo envuelven se pueda derivar que es otra la voluntad de las partes.

4.6.6.2.3.7. Diferencias entre la nulidad del Código Europeo y la nulidad absoluta del Derecho civil mexicano.

Los efectos de la nulidad en el Código Europeo son diferentes que los de la nulidad absoluta en nuestro derecho civil mexicano. Primeramente en el Código Europeo la nulidad no engendra efectos jurídicos desde el origen del contrato; la nulidad absoluta en el derecho mexicano, al contrario, el acto produce efectos mientras no haya una sentencia en virtud de la cual sea pronunciada esa nulidad absoluta y una vez que causa ejecutoria, sus efectos se retrotraen al momento en que se celebró el contrato; sin embargo, si hay coincidencia en cuanto a los efectos restitutorios tanto para el caso de la nulidad como en el caso de la nulidad absoluta; también lo habría en el caso de la indemnización de daños ya que en el caso de la nulidad absoluta está supeditada a la ilicitud del objeto, y quien obra ilícitamente o contra las buenas costumbres está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios.

La nulidad en el régimen europeo es un tanto cuanto confusa, pues, en un primer momento pareciera ser que señala que se actualiza de pleno derecho; mas sin embargo, al ser prescriptible, derivamos que de algún modo requiere de una declaración y conformidad de las partes, aunque cabe advertir que no es siempre necesaria la declaración judicial; ésta última sólo sería necesaria cuando no es suficiente la declaración que haga la parte que la invoca. En el derecho civil mexicano, la nulidad absoluta no opera ipso iure, siempre requiere declaración judicial; y más aún, si nunca existe tal declaración, el acto jurídico o contrato surte plenos efectos de validez.

La nulidad en el régimen europeo es prescriptible; en cambio nuestra nulidad absoluta siempre es imprescriptible.

La nulidad en algunos casos –salvo los de nulidad *contra legem*–, es confirmable y también admite la conversión;²⁸¹ nuestra nulidad absoluta tiene como característica el que no se puede confirmar, ratificar o convalidar, y no se considera la conversión del contrato afectado de nulidad absoluta.

La nulidad en algunos casos –salvo los de nulidad *contra legem*–, puede invocarla cualquier interesado; en los casos de nulidad –que no sean por contravenir a

²⁸¹ Conforme al artículo 145 del Código Europeo, mediante la conversión el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes.

normas prohibitivas o de orden público, o a las buenas costumbres— sólo las partes; en nuestro régimen de nulidad absoluta cualquier interesado puede invocarla.

En el régimen europeo puede haber casos de nulidad parcial; lo mismo que en el régimen jurídico mexicano puede haber casos de nulidad absoluta parcial.

4.6.6.2.4. La anulabilidad en el Proyecto Gandolfi.

Según consideración de José Luis de los Mozos, “*La anulabilidad ... puede hacerse valer únicamente por la parte a la que la ley otorga una tal facultad*. De éste modo aparece en la doctrina como *nulidad relativa*, en el contexto de una teoría de las nulidades.”²⁸² Lo anterior lo derivamos del apartado 1. Del artículo 146 del Proyecto en comento, que precisa que “*sólo puede ser invocada por la parte a quien la ley le confiere esa facultad*,” en el caso particular sería *el incapaz*, quien *sufrió el vicio* de la voluntad; en los *casos de representación* se puede pedir la nulidad si la voluntad del representante o del representado está viciada; y en los demás que la ley señale.

Los casos en que el contrato es anulable son:

a) Por incapacidad de una parte. La regla general de capacidad en el proyecto es el haber cumplido 18 años, o estar emancipado y haber obtenido las autorizaciones que en su caso la ley nacional requiera; por tanto, el contrato celebrado por un menor no emancipado; el celebrado por una persona declarada legalmente incapaz sin intervención de su representante legal; o el celebrado por personas que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de entender o de querer; o por una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no saben escribir.

Sin embargo, por excepción no es anulable el contrato:

- Si del contrato en cuestión sólo derivan ventajas para el incapaz; o
- Si el menor con engaño encubre su edad o
- Si la parte que contrata con el incapaz obra de buena fe, porque la incapacidad declarada no resultaban fácilmente apreciable.
- Si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente.

²⁸² DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. 7, nota 268.

b) También es anulable en el caso de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 151²⁸³ y 152; es decir, en caso de error e intimidación. El error debe ser esencial, es decir, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad contractual. El proyecto considera al error como vicio autónomo, por lo tanto, lo que tradicionalmente se conoce como dolo o mala fe, simplemente quedan como modalidades del error, inclusive ni son denominadas como tales, simplemente se habla de un error provocado por engaño; ahora bien, si ésta declaración engañosa proviene de un tercero, sólo será anulable si era conocido por la parte que se ha beneficiado de la declaración.

c) En los casos de representación y contrato consigo mismo previstos en los artículos 67 y 68; En los casos de representación, si la voluntad del representante está viciada. Si el vicio pesa sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable si la voluntad de éste estaba viciada.

²⁸³ **Artículo 151. Contrato viciado por error.** *El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos: Si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento; si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra b) del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño si: Se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento; o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquella puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargada de hacerlo. El error común: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no hayan sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.*

Artículo 152. Contrato viciado por intimidación. *Con independencia de lo previsto en el apartado e del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas. La amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.*

En el autocontrato o contrato consigo mismo *cuando hay conflicto de intereses*, puede ser anulado, cuando el representante (ya sea directa o indirectamente) celebra consigo mismo; *salvo que haya autorización expresa del representado, o que en el contrato base se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses*.

El contrato conseguido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a solicitud del representado solo que el conflicto fuera conocido o podía serlo por el tercero.

d) En cualquier otro caso que expresamente determine la ley.

4.6.6.2.4.1. Efectos de la anulación.

La anulación –según el maestro de los Mozos–, invalida el contrato con efecto *retroactivo*, es decir a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las *restituciones recíprocas* correspondientes.²⁸⁴ Después de ello viene la restitución de lo recibido en la medida que se haya alcanzado un beneficio efectivo.²⁸⁵ En el caso de que un tercero hubiera garantizado la obligación contractual asumida por el incapaz, a pesar de la nulidad que se decretare, siguen respondiendo ante la otra parte, pero con el derecho a repetir contra el incapaz o su representante legal, si procede.

La anulabilidad es prescriptible, “la anulación del contrato está sometida al plazo de prescripción de tres años”²⁸⁶ que empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se descubra el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato.²⁸⁷ La declaración de

²⁸⁴ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. 8, nota 268.

²⁸⁵ Artículo 147. Efectos de la anulación. La anulación *deja sin efectos al contrato retroactivamente desde su celebración*, y las dos partes quedan obligadas *a restituirse recíprocamente* las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160. La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta *imposible o excesivamente onerosa* para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación *deja sin efectos el contrato desde el momento en que ha llevado a cabo la declaración prevista* en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160, apartado 4. La anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado – en los términos del artículo 162 – a la obligación de reparación del perjuicio experimentado por la otra parte, con el alcance previsto en el artículo 6, apartado 4.

²⁸⁶ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *op. cit.*, p. 8, nota 268.

²⁸⁷ Artículo 148. Modalidades y plazo de la anulación. Para proceder a la anulación del contrato, la parte legitimada – o su representante legal si es incapaz – debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. Con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172. No puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces. La otra parte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado – o a su representante legal si se trata de un incapaz – para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la

anulación puede ser emitida y opuesta como excepción por el demandado, solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

Basados en el principio de conservación del contrato, conforme al artículo 149 del referido Proyecto, el acto anulable es confirmable y por tanto queda convalidado; aunque el cumplimiento voluntario del mismo equivale a una confirmación tácita.

4.7. Análisis y sistematización. (Analogías y diferencias)

Los derechos español, italiano, argentino y el Proyecto Gandolfi consideran las figuras de la nulidad (actos nulos) y la anulabilidad (actos anulables). En España e Italia, la nulidad opera de pleno derecho; en Argentina conforme al Código Vélez Sarsfield, sólo algunos actos nulos, son nulos de pleno derecho; otros actos nulos requieren declaración judicial, conforme al nuevo Código Civil y Comercial, no operan de pleno derecho. El derecho chileno considera al igual que el mexicano las figuras de nulidad absoluta y relativa con efectos casi idénticos.

4.7.1. Con la legislación civil en España.

En el análisis comparativo del derecho español en relación con el mexicano, tenemos a los actos nulos conforme al derecho español y los actos afectados de nulidad absoluta conforme al derecho mexicano. De estos efectos en relación al derecho mexicano obtenemos semejanzas y diferencias.

Dentro de las diferencias de la **nulidad española**, con la **nulidad absoluta mexicana** son: La nulidad española actúa ipso iure (de pleno derecho); no requiere de pronunciamiento judicial, ni de impugnación previa del negocio; la nulidad absoluta mexicana, siempre necesita declaración judicial, no puede ser aplicada oficiosamente, por lo que debe ser hecha valer vía acción o excepción. En caso de duda o falsa apariencia sobre la misma, el juez español simplemente la constata; en México, el juez la declara con efectos retroactivos al momento de la celebración del acto. En España, **la falta de capacidad natural** (*capacidades psíquicas de entendimiento y voluntad*) y la falta de capacidad **legal** cuando la ley la establezca que su inobservancia produzca la nulidad, originan la nulidad, mas sin embargo, son causa de anulabilidad, cuando se trate de incapacidades legales para los que no se decreta la nulidad; en cambio, en el

anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. La anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se descubra el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato. Pero la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

derecho mexicano, el problema toral que es la base de éste trabajo estriba en que, se trata el tema de las incapacidades, sin hacer más distinguos, provocando la nulidad relativa.

Las semejanzas entre la “nulidad” española y la “nulidad absoluta” mexicana son: la *imprescriptibilidad* de la acción respectiva; el que *no se pueden convalidar* con la confirmación del acto; también se asemejan en que *cualquier interesado puede invocarlas*; así como el *efecto restitutorio o la reintegración* a la situación anterior, son efectos equiparables entre ambas.

De la contrastación entre los actos “*anulables*” conforme al derecho español y los actos afectados de “*nulidad relativa*” conforme al derecho mexicano, aunque si bien es cierto, que a los casos de anulabilidad conforme a la legislación española, la doctrina de ese país les ha denominado también con la expresión de nulidad relativa; para evitar confusiones terminológicas con la nulidad relativa mexicana, simplemente le denominaremos, de manera respectiva: anulabilidad para España y nulidad relativa para la legislación mexicana. En ellas hay más semejanzas, pero también hay diferencias, una de ellas que *vale destacar consiste que en el derecho español, las incapacidades legales cuya consecuencia no sea la nulidad, será la anulabilidad y por tanto, anulables; en cambio, en México conforme a la ley, las incapacidades, invariablemente producen la nulidad relativa.*

Entre las semejanzas (*anulabilidad y nulidad relativa*) tenemos las siguientes: Deben ser *decretadas judicialmente*; el juez *no puede decretarlas oficiosamente*, pues requieren solicitud del perjudicado, que sería el incapaz o quien sufrió el vicio; pueden hacerse valer *vía acción o excepción*; las acciones para demandarlas son *prescriptibles*; ambas *son convalidables por la confirmación* expresa o tácita; los efectos de la sentencia en que se pronuncien *surten efectos de manera retroactiva*, lo que equivale a decir jurídicamente que al ser declarados inválidos e ineficaces no producen efectos; por tanto, también se asemejan en *los efectos restitutorios*.

4.7.2. Con la legislación civil en Italia

De la comparación entre los actos nulos o la nulidad (italiana) y la nulidad absoluta mexicana tenemos lo siguiente:

Semejanzas: La nulidad italiana y la nulidad absoluta mexicana, protegen el orden público, por ende, sus presupuestos se actualizan cuando los actos jurídicos del derecho privado, son *contrarios a disposiciones imperativas inderogables por voluntad particular (de orden público)*. La nulidad italiana y la nulidad absoluta mexicana, pueden ser invocadas por cualquier persona que tengan interés; no son susceptibles de convalidación, por lo que no son subsanables; sin imprescriptibles, pues el transcurso del tiempo no sirve para subsanarlos.

Diferencias: la nulidad opera de pleno derecho, mientras que la nulidad absoluta necesita declaración judicial; la nulidad por tanto, no produce efectos ni provisionales en relación al acto pretendido por las partes; la nulidad absoluta si los produce, y se destruyen retroactivamente con la sentencia de nulidad. En Italia, la falta de uno de los elementos esenciales como son la manifestación de voluntad, la causa, el objeto o un requisito de forma exigido por la ley como elemento esencial del acto, originan la nulidad; en cambio en México, la falta de manifestación de voluntad o el consentimiento, así como la falta del objeto o la forma pero sólo cuando es constitutiva, provocan la inexistencia del acto jurídico; la falta de *simple* forma cuando no constituya una solemnidad y es un elemento meramente probatorio, engendra la nulidad relativa del acto.

De la comparación entre la anulabilidad (italiana) y la nulidad relativa mexicana tenemos lo siguiente:

Semejanzas: La anulabilidad italiana y la nulidad relativa mexicana no operan de pleno derecho, y por ende, *requieren de declaración judicial*, ya que tanto la anulabilidad, como la nulidad relativa, no se producen *ipso jure*; entonces, mientras que el afectado no la invoque *vía acción o vía excepción*, entretanto no haya sentencia que las declare, los actos jurídicos producen plena eficacia; ambas figuras protegen intereses meramente particulares, por ello el que sólo pueden ser invocadas por el afectado (el incapaz o su representante o quien sufre los vicios); son susceptibles de confirmación y por ende de convalidación; es posible subsanar la nulidad por la ratificación o confirmación; la acción o la excepción para demandarlas son prescriptibles, pues el transcurso del tiempo es útil para subsanarlos. En cuanto a las diferencias, podemos concluir que esencialmente no las hay.

4.7.3. Con la legislación civil en Argentina

De la comparación entre las ineficacias en Argentina y en México tenemos lo siguiente:

Mientras que el Código Civil Argentino no regula expresamente la teoría de la inexistencia, las consideraciones que se tienen obedecen al sector de la doctrina argentina que la ha admitido; en cambio, en el Código Civil mexicano si se reglamenta a la inexistencia, y por ende, en la doctrina patria se hacen consideraciones en relación a la misma.

La doctrina Argentina, se basa en el esquema de la española que reconoce a las categorías de *actos nulos y actos anulables* (C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield); aunque con la salvedad de que mientras para la española todos los actos nulos lo son de pleno derecho; para la Argentina, sólo serán de nulos de pleno derecho: *cuando la*

*nulidad es manifiesta, o cuando la ley impone expresamente a un acto, la sanción de nulidad, o cuando la ley expresamente lo declara nulo; todos los demás casos de nulidad, requieren declaración judicial, pues **no lo son de pleno derecho**. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, abandona la anterior expresión y ahora distingue entre la “**nulidad absoluta**” y la “**nulidad relativa**” (Art. 382). El nuevo Código, tampoco reconoce explícitamente a las nulidades de pleno derecho, por ende, la nulidad ya absoluta o relativa requieren declaración judicial.*

El derecho civil mexicano adopta un esquema distinto; tenemos a la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y por excepción, la nulidad de pleno derecho.

También suele identificarse a la “nulidad” con “nulidad absoluta”, y “anulabilidad”, con “nulidad relativa”; sin embargo, en el código Vélez Sarsfield, el que un acto sea nulo o anulable, se basa en lo manifiesto o no manifiesto del vicio; el de nulidad absoluta o relativa, en el tipo de interés que se tutela; si es el público, será nulidad absoluta; en el privado, será la relativa. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, la “Nulidad absoluta” se produce cuando se contraviene *el orden público, la moral o las buenas costumbres* (Art. 386); y la “Nulidad relativa” se entiende como una sanción que protege el interés particular de determinadas personas (Art. 386).

En México, en cambio, desde el punto de vista del derecho positivo no se contempla ésta última consideración en cuanto al interés que se tutela, aunque un sector importante de la doctrina así lo considera, legalmente esto no ocurre así, la prueba de ello es que a la incapacidad en general, le atribuye consecuencias de nulidad relativa; si se obedeciera a este último criterio, debería ser la nulidad absoluta, ya que la incapacidad de goce se establece para proteger el orden público.

Como diferencias entre los actos nulos en el derecho argentino y la nulidad absoluta mexicana tenemos:

En Argentina, en el C.C. *Dalmacio Vélez Sarsfield*, si el vicio es patente por hallarse manifiesto en el acto mismo, por ejemplo actos celebrados por incapaces **son nulos**; a diferencia del derecho español o mexicano, por ejemplo, en México, no es lo manifiesto o no del vicio el criterio en que se sustenta la nulidad absoluta mexicana, ya que ésta en México, por regla general procede cuando el objeto del contrato es ilícito, amén de que la incapacidad de las partes aparece sancionada con nulidad relativa, lo cual estimamos que es grave, y el derecho argentino, estimamos la resuelve adecuadamente. **En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014**, la “Nulidad absoluta” se produce cuando *se contraviene el orden público, la moral o las buenas costumbres* (Art. 386). Así, un acto celebrado por un

incapaz de goce, toda vez que ésta incapacidad se establece por razones de orden público, su tutela se da en la dimensión de la nulidad absoluta.

En Argentina conforme al C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield, los actos nulos de pleno derecho *operan ipso iure*, los demás requieren declaración judicial. En México, todo caso de nulidad absoluta necesita ser declarado judicialmente; sólo el caso excepcional de nulidad de pleno derecho, opera de ipso iure. *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* exige que toda nulidad, aún la absoluta, sea declarada judicialmente; por tanto, no se considera ya la nulidad de pleno derecho como sistema, sólo lo serán aquellos actos que así vengan calificados por la ley.

En Argentina en el Código anterior, se facultaba al juez para que oficiosamente decretara la nulidad; el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, permite la “Nulidad de oficio”, solamente cuando la nulidad absoluta *es manifiesta al pronunciar la sentencia*, (art. 387); en México, no opera oficiosamente, debe ser invocada por las partes ya sea vía acción o excepción.

Como semejanzas entre la nulidad Argentina y la nulidad absoluta Mexicana tenemos:

En nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, la “nulidad absoluta” argentina se produce cuando se contraviene *el orden público, la moral o las buenas costumbres*, y como las incapacidades de goce se sustentan en el orden público, la consecuencia es la nulidad absoluta. Conforme al C.C. Dalmacio Vélez Sarsfield, cuando el acto es nulo de pleno derecho, el juez solo la constata; si fuera meramente nulo deberá existir pronunciamiento de nulidad por parte del juez, pues mientras no la decreta surte efectos de validez; en el nuevo código argentino, no se considera ya la nulidad de pleno derecho como sistema; aún la nulidad absoluta, debe ser declarada judicialmente.

De igual manera, en Argentina, cuando la nulidad es manifiesta al pronunciar la sentencia, aunque nadie la hubiera invocado (las nulidades de pleno derecho) pueden ser declaradas oficiosamente por el juez, en cambio, las nulidades que requieren declaración judicial, no pueden aplicarse oficiosamente. En México no se reconocen, por regla general las nulidades de pleno derecho; amén de que la jurisprudencia Mexicana se ha pronunciado por la inexistencia de nulidades de pleno derecho, lo cierto es que de manera excepcionalísima sí existen, caso en el cual, no habría ningún impedimento en que el juzgador la aplicara de manera oficiosa. Otras semejanzas entre los aludidos actos nulos del derecho argentino y la nulidad absoluta mexicana son que: pueden invocarlas todo interesado; son imprescriptibles; no se pueden convalidar, no se pueden confirmar o ratificar; la nulidad de pleno derecho no produce ningún efecto; la que no opera de pleno derecho, surte efectos provisionales y quedan destruidos retroactivamente con la sentencia de nulidad, con

la aclaración de que en México, toda nulidad absoluta no opera de pleno derecho, sólo a la que expresamente se le da el carácter de nulidad de pleno derecho.

Los *actos anulables* del derecho argentino (*conforme al código anterior, ya que en el actual Código Civil y Comercial se emplean las expresiones de "nulidad absoluta" y "nulidad relativa"*), equiparados a los actos afectados de nulidad relativa en el derecho civil de México.

Del estudio comparativo en cuanto a la nulidad relativa encontramos las siguientes diferencias:

En el código Civil y Comercial Argentino, la incapacidad de ejercicio produce la nulidad relativa; en el mexicano, no se hace discriminación entre el tipo de incapacidades, sólo se emplea la expresión "incapacidad", dándole los mismos efectos que se señalan para la incapacidad de ejercicio argentina.

En el derecho mexicano, hay casos excepcionales de ilicitud subsanable, y por ende de nulidad relativa; en Argentina la ilicitud contraviene el orden público y por tanto son casos de nulidad absoluta.

Del estudio comparativo obtenemos las siguientes semejanzas:

Esencialmente se sustentan en las mismas fuentes. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, la nulidad relativa procede *por vicios de la voluntad, por incapacidad de ejercicio, y por falta de forma impuesta*; la nulidad relativa mexicana, deriva de la *falta de forma, de los vicios de la voluntad, de la incapacidad y; excepcionalmente, de la ilicitud*. En el derecho argentino basados en el Código Vélez Sarsfield, son anulables los actos jurídicos, celebrados por incapaces accidentales porque momentáneamente están privados de su razón, tal es el caso de los ebrios, por ejemplo; cuando hay vicios en el consentimiento; en el caso de la formalidad (forma instrumental), situaciones éstas que en el derecho civil mexicano, conllevan a una nulidad relativa. En el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, se expresa que *la incapacidad de ejercicio* conlleva a la *nulidad relativa* que es la que tutela el interés particular del incapaz.

La anulabilidad o nulidad relativa argentina y la nulidad relativa mexicana se asemejan también en que: *no operan ipso iure*, pues requieren declaración judicial; pueden invocarlas *solo el perjudicado* (quien sufre el vicio, el incapaz o su representante); *son prescriptibles* pues si no se ejercita la acción de nulidad u opone la respectiva excepción, dentro de los tiempos señalados, se pierde el derecho a invocarla; el juez *no puede oficiosamente decretarlas*; se *pueden convalidar* mediante la ratificación expresa o tácita; surten *efectos provisionales* de validez, que serán destruidos con la sentencia de nulidad.

4.7.4. Con la legislación civil en Chile

Por la semejanza presentada entre la reglamentación de las nulidades en Chile y México es la más próxima; ambas tienen una estructura tripartita (inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa) y toda nulidad ya sea absoluta o relativa requieren declaración judicial; sin embargo, en el tema de las incapacidades es tratado de una manera más fina, pues distingue, a diferencia del derecho mexicano, entre incapacidad absoluta e incapacidad por falta de adecuada representación, a la primera con efectos de nulidad absoluta por ser insubsanable y a la segunda con efectos de nulidad relativa al permitirse su saneamiento.

En cuanto a la comparación entre la ineficacia chilena y mexicana tenemos lo siguiente. En el derecho Chileno, son elementos esenciales del acto jurídico: *la voluntad, el objeto, la causa o la solemnidad, establecidas para la existencia jurídica del acto*. De ellos hay casi plena coincidencia con nuestra legislación patria, pues en el derecho mexicano, la causa es el único elemento que no aparece como elemento de existencia, y tampoco lo es para la validez.

La legislación chilena tiene un gran defecto de carácter técnico, pues las causas de inexistencia son comprendidas en la nulidad absoluta, en base al derecho mexicano, en sentido técnico jurídico, derivado de la interpretación a contrario sensu los elementos esenciales serían: *la falta de voluntad o consentimiento, la falta de objeto o la falta de solemnidad (forma constitutiva)*, y en la legislación chilena, las causas de inexistencia son comprendidas en la nulidad absoluta; en efecto, los supuestos de nulidad absoluta son: 1) *La falta de objeto*; 2) El objeto ilícito; 3) La falta de causa; 4) La causa ilícita; 5) *La falta de voluntad o consentimiento*; 6) La incapacidad absoluta; 7) La omisión de requisitos o *formalidades* que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos. (Aquí queda comprendida la forma, cuando es constitutiva "*ad solemnitatem causa*"). Las enumeradas con los números 1, 5 y 7, en estricto derecho engendran la inexistencia y no la nulidad; por lo que la inexistencia deberá ser declarada por el juez.

Del estudio comparativo derivamos *las diferencias* entre nulidad absoluta chilena y mexicana:

En México, la causa no es elemento esencial ni de validez. Al ser comprendidas las causas de inexistencia en la nulidad absoluta, la inexistencia en Chile, por tanto, debe ser decretada judicialmente, a diferencia del derecho mexicano en el que opera *ipso iure* y, en caso de litigio, el juez solamente corrobora que el acto era inexistente. En Chile, la nulidad absoluta puede ser declarada (oficiosamente), cuando es

manifiesta en el acto jurídico; en cambio en México debe invocarse a través de la demanda de nulidad u oponerse como excepción.

Las semejanzas entre la nulidad absoluta chilena y la Mexicana son estas: No operan *ipso iure*, ya que deben ser declaradas por el juez; pueden ser invocadas por toda persona que tenga interés en ello; en Chile, está autorizado para pedir su declaración el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley, en México aunque esto no se señala expresamente en la ley civil, no hay impedimento legal, pues al tener el Ministerio Público las atribuciones legales de representante social, en base al interés colectivo para salvaguardar el orden público está legitimado para demandarla; las nulidades absolutas, no pueden convalidarse ni por confirmación ni por ratificación ya sea expresa o tácita; y son prescriptibles.

En Chile, la nulidad relativa se actualiza en los casos de: actos celebrados por los relativamente incapaces careciendo de la autorización de sus representantes legales; cuando hay vicios de la voluntad o en el consentimiento; cuando no se dan las formalidades para la validez del acto; en México son prácticamente las mismas, con la salvedad de que cualquier incapacidad (pues no distingue a diferencia del chileno) origina la nulidad relativa. En cuanto a sus características son propiamente las mismas ya que tanto la nulidad relativa chilena y mexicana tienen en común que: no operan *ipso iure* pues requieren de declaración judicial; no pueden decretarse oficiosamente por el juez; sólo pueden ser invocadas por los perjudicados, esto es, por aquellos en cuyo beneficio se han establecido; pueden convalidarse con la confirmación o ratificación; son prescriptibles al convalidarse por el transcurso del tiempo.

4.7.5. Con el proyecto de Código Europeo de los contratos. Proyecto Gandolfi.

Los efectos atribuidos a la inexistencia en el Proyecto Gandolfi se equiparan a las que atribuya el derecho civil mexicano, por lo que sigue: 1º no produce efectos en relación al contrato pretendido, 2º no se puede convalidar ni por conformación ni por ratificación; 3º puede invocarse por todo interesado; 4º es imprescriptible; y 5º no requieren declaración judicial; empero en el Proyecto Gandolfi para que haya constancia de ello, permite que los interesados puedan obtenerla, pero el juez sólo la constata

4.7.5.1. Actos nulos

En lo que respecta a la nulidad en el Proyecto Gandolfi, los supuestos generales que la motivan son: 1º cuando es (*contra legem*) contrario a derecho o a las buenas costumbres, y 2º Si *faltan algunos elementos esenciales* determinados en el Proyecto, y son la falta de acuerdo entre partes o cuando falte el objeto o contenido del contrato, o la falta de forma, cuando el mismo código así lo pida. En nuestro

derecho mexicano, lo contrario a derecho constituye la ilicitud que por regla general ocasiona el que el acto jurídico esté afectado de nulidad absoluta; la falta de elementos esenciales no origina la nulidad del acto, sino más bien la inexistencia del mismo.

Los casos especiales de nulidad en el Proyecto Gandolfi son: 1º Cuando ya sea el Código Europeo, o la ley aplicable, se atribuya esa sanción o cuando algún requisito sea señalado para la validez o eficacia de determinado contrato. 2º Cuando tenga un motivo o fin ilícito, la nulidad sólo alcanza a la parte que realiza la actividad ilícita y no al otro contratante.

Sus efectos son: 1º el acto nulo no produce efecto en cuanto tal desde el origen del contrato; 2º la restitución cuando es posible, o la reparación de daños y perjuicios. 3º Necesita declaración, sólo que no sea suficiente la declaración que una parte dirige a la otra. De ser suficiente la declaración porque contiene todas las indicaciones necesarias, no es menester la declaración. 4º Es prescriptible, ya que quien pretenda hacer valerla, debe hacer constar esa nulidad antes de que transcurra el plazo de prescripción, por ello es que la acción de nulidad es el último camino, únicamente cuando las partes no llegan a un acuerdo, hasta que no transcurran los 6 o 3 meses, desde que una parte recibió la declaración de nulidad de parte del otro contratante, hasta entonces se puede demandar judicialmente. 5º La prescripción puede invocarse como acción o como excepción. 6º Pueden confirmarse, excepto los casos de ilicitud (*contra legem*).

Las diferencias y semejanzas entre la nulidad del Código Europeo y la nulidad absoluta del Derecho civil mexicano.

En el derecho civil mexicano, la nulidad absoluta no opera de pleno derecho, pues invariablemente necesita de resolución del juez en la que se decreta la misma; por tanto mientras no haya tal resolución, el acto surte efectos como válido; en el Código Europeo por regla general no es necesaria tal declaración pues opera *ipso iure*; a menos que no haya conformidad de las partes, es decir, se requiere declaración judicial, sólo en el caso de que no sea suficiente la declaración hecha por la parte que la invoca a la otra parte,

En el derecho mexicano, la nulidad absoluta engendra efectos mientras no haya sentencia la declare y ejecutoriada que sea, sus efectos se retrotraen al momento en que se celebró el contrato; la nulidad en el Código Europeo no produce efectos desde el origen del contrato.

La nulidad absoluta siempre es imprescriptible, en cambio la nulidad conforme al Código Europeo de contratos es prescriptible; la nulidad absoluta no se puede convalidar, confirmar o ratificar; la nulidad conforme al Proyecto Europeo, pro

regla general, es confirmable, excepto los casos de nulidad contra legem. Los casos que conforme al derecho mexicano originan la nulidad absoluta, lo son porque atentan contra el orden público, por tanto, el derecho mexicano no considera la conversión del contrato afectado de esa nulidad; en el Proyecto Gandolfi, admite otros supuestos además de la ilicitud, por ello, salvo los casos de nulidad contra legem, los demás casos admiten la conversión.

La nulidad absoluta mexicana, cualquier interesado puede invocarla; en el Código Europeo, la nulidad fundada en supuestos diversos a la nulidad contra legem, sólo puede ser invocada por las partes; la nulidad contra legem, puede invocarla cualquier interesado.

Hay semejanzas en lo referente a los efectos de la restitución e indemnización por daños, situación que de origen considera el Código Europeo; lo mismo sucede en la nulidad absoluta mexicana, pues la nulidad absoluta mexicana descansa en la ilicitud, y además, cuando se causan daños derivados de un hecho ilícito, el derecho mexicano lo considera como fuente de obligación reparatoria de los mismos. En ambos regímenes puede haber nulidades parciales; en el caso del derecho mexicano, se le denomina nulidad absoluta parcial.

4.7.5.2. La anulabilidad

En el Proyecto Gandolfi, la anulabilidad *sólo puede invocarse por la parte a la que la ley le confiere tal facultad*, que en su caso lo es, el incapaz o quien sufrió el vicio de la voluntad, son anulables también, conforme al Proyecto, los casos de representación, *si la voluntad del representante o representado está viciada*. La anulabilidad no opera *ipso iure*, pues requiere declaración jurisdiccional; está sujeta a extinción por *prescripción*; *puede convalidarse* mediante la confirmación o ratificación, inclusive, el cumplimiento voluntario se tiene como una ratificación tácita.

Los casos de anulabilidad son: Por la incapacidad del contratante menor de edad salvo que haya emancipación, o por falta de las autorizaciones que la ley nacional exija, o sujetos con incapacidad transitoria (como nos percatamos son casos de *incapacidad de ejercicio*); cuando hay vicios del consentimiento; en los supuestos de representación y contrato consigo si existe conflicto de intereses; y en otros casos que de manera expresa sean determinados por la ley.

Los efectos de la anulación en el código Europeo son el dejar sin efecto el contrato de manera retroactiva, por lo que los contratantes deben devolverse recíprocamente las prestaciones correspondientes, de ser posible, o su equivalente.

Diferencias y semejanzas entre la anulabilidad del Código Europeo y la nulidad relativa del Derecho civil mexicano.

Son más las semejanzas que las diferencias; al igual que la anulabilidad en el Proyecto, la nulidad relativa en el derecho civil mexicano no opera de pleno derecho, requiere de declaración judicial; ambas son prescriptibles, pueden convalidarse por la confirmación o ratificación expresa o tácita; los vicios en el consentimiento en el Proyecto son causa de anulabilidad, mientras que en el derecho civil mexicano lo son de nulidad relativa; en lo que respecta al legitimado para invocarla no es cualquier interesado, sino la parte a quien la ley le confiere esa facultad; en el derecho mexicano como en el Proyecto, son por regla general: el *incapaz o su representante, o quien sufre el vicio*. Las incapacidades de ejercicio, en el Código Gandolfi son motivo de anulabilidad; en el derecho mexicano es motivo de nulidad relativa; en el Proyecto, la incapacidad transitoria es motivo de anulabilidad y en el código mexicano, de nulidad relativa. En cuanto a los efectos tanto de la anulación conforme al proyecto, y de la nulidad relativa mexicana una vez declarados, privan de sus efectos al contrato de manera retroactiva, y las partes, por ende, deben restituirse recíprocamente las prestaciones correspondientes.

En cuanto a las diferencias tenemos lo siguiente: Una peculiaridad en cuanto a la anulabilidad en el Código Gandolfi, es que las incapacidades que motivan la anulabilidad, son casos situados en lo que se conocen como incapacidades de ejercicio, el derecho mexicano no hace esta distinción, simplemente alude que la incapacidad produce la nulidad relativa, sin hacer distingo sobre el tipo de incapacidad. La falta de autorizaciones especiales en el Proyecto son causas de anulabilidad; en el derecho mexicano, son ilicitudes que engendran la nulidad absoluta;

4.8. Síntesis de la comparación en cuanto a la incapacidad.

A continuación, de manera sintética resaltaremos el punto toral de la comparación, que es el relativo a las consecuencias jurídicas atribuibles a las incapacidades.

En España, Albadalejo expone que la falta de capacidad natural (condiciones psíquicas de entender), origina la nulidad; y la consecuencia a la falta de capacidad legal (menores de edad o sujetos a estado de interdicción), es anulabilidad. Los casos del artículo 1301, son de anulabilidad, y “faltando tal argumento, en los otros negocios, hay que decidirse por su nulidad”.²⁸⁸ Y como podemos derivar, los dos casos de incapacidad referidos, son incapacidades de ejercicio, con consecuencias de anulabilidad, ya que la incapacidad legal, en el significado que le atribuye Albadalejo, no es el de la incapacidad de goce, ésta queda en los casos a los que el autor en

²⁸⁸ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I op. cit.*, p. 875

comento considera que debe decidirse por su nulidad, amén que ésta incapacidad se establece por razones de orden público. En suma, de la interpretación lógica-sistemática de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil Español, las incapacidades de ejercicio engendran la anulabilidad, y los casos de incapacidad de goce motivan la nulidad.

En Italia el artículo 1418 del Código Civil Italiano establece como causa de nulidad del contrato cuando es contrario a normas imperativas, naturaleza que tienen las que establecen las incapacidades de derecho, salvo que la ley permita convalidarlo. Y de acuerdo al artículo 1425 del mismo ordenamiento será anulable si una de las partes era legalmente incapaz de contratar.

En Argentina en principio son nulos los actos celebrados por incapaces ya sea de ejercicio o de goce; pero los realizados por los incapaces de goce son actos afectados de nulidad relativa; en cambio, los actos celebrados por incapaces de goce están afectados de nulidad absoluta.

En Chile la incapacidad absoluta en la que queda entendida la incapacidad de goce, engendra la nulidad absoluta; mientras que los actos celebrados por los relativamente incapaces sin la autorización de sus representantes legales, refiriéndose a los incapaces de ejercicio, origina la nulidad relativa.

En el Proyecto del Código Europeo de Gandolfi. La falta de elementos esenciales produce la nulidad y conforme al artículo 137. Del referido ordenamiento, no hay contrato en su inciso a) "*Si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada...*", sin embargo, conforme al artículo 143 del mismo cuerpo normativo cuando el contrato es ilícito por ser *contra legem*, no es confirmable; en caso contrario es confirmable; y entonces, al ser confirmable también es anulable; en éste orden de ideas relacionado con la incapacidad tenemos que, como las incapacidades de derecho son establecidas por consideraciones de orden público, mientras que las simples incapacidades de hecho sólo tutelan intereses privados del incapaz, entonces, las primeras tienen como sanción la nulidad y las incapacidades de ejercicio la anulabilidad.

En suma: *en el derecho español*, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio, por regla general es la anulabilidad (nulidad relativa); *en el italiano*, la sanción por incapacidad de goce es por regla general la nulidad (nulidad absoluta) y por excepción la anulabilidad (nulidad relativa), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la anulabilidad; *en el argentino*, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la anulabilidad (nulidad relativa); *en el chileno*; la sanción por incapacidad de goce es la nulidad

absoluta, y la sanción por incapacidad de ejercicio es la nulidad relativa; *en el Proyecto Gandolfi*, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la anulabilidad (nulidad relativa) si el contrato no atenta contra el interés público y es confirmable.

Del estudio comparativo, en base al análisis y sistematización, y además, partiendo de la relativa correspondencia entre **la Nulidad** para con nuestra **nulidad absoluta**, y de la **Anulabilidad** para con nuestra **nulidad relativa**, concluimos y tenemos que:

Las incapacidades de goce se sancionan con nulidad absoluta.

Las incapacidades de ejercicio se sancionan con la nulidad relativa.

Lo anterior lo resumimos en el siguiente recuadro:

Derecho	Sanción por incapacidad de goce	Sanción por incapacidad de ejercicio
<i>Español</i>	Nulidad	Anulabilidad, y nulidad por excepción
<i>Italiano</i>	Nulidad o anulabilidad (1418)	Anulabilidad (1425)
<i>Argentino</i>	Nulidad (1043 CC. Vélez Sarsfield) Nulidad absoluta (386)	Anulabilidad (1045 CC. Vélez Sarsfield) Nulidad relativa (103. a.)
<i>Chileno</i>	Nulidad Absoluta (1682)	Nulidad relativa.
<i>P. Europeo</i>	Nulidad 137, 140 a 145	Anulable (si el contrato nulo es confirmable por no ir contra el interés público) 143.
<i>Mexicano</i>	Nulidad relativa	Nulidad relativa

En el nuevo Código Civil argentino,²⁸⁹ de manera más concreta se confirma la postura de que la incapacidad de goce está sancionada con la nulidad absoluta, y la de ejercicio, con la relativa. La capacidad jurídica y la de ejercicio están reguladas por los artículos 22 y 23 respectivamente; y de manera excepcional hay incapacidades de derecho (*nunca son absolutas [artículo 22]*);²⁹⁰ en el caso de ésta incapacidad, al tutelar el orden público, es que tampoco se admite la representación (art. 1001).²⁹¹ Igualmente, la incapacidad de ejercicio así llamada por el nuevo Código, es la

²⁸⁹ El proyecto de nuevo Código Civil de Argentina, realizado por una Comisión de juristas creada por el decreto 191/2011 (BO 28/02/2011), presididos por Ricardo Luis Lorenzetti, y en el año 2014 fue promulgado según decreto 1795/2014, el nuevo **Código Civil y Comercial de la Nación Argentina**, aprobado por ley 26.994.

²⁹⁰ El artículo 22 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino establece.- “**Capacidad de derecho.** Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”

²⁹¹ El artículo 1001 del nuevo Código prescribe: “**Inhabilidades para contratar.** No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.”

excepción (*artículo 23*), y se imponen en beneficio de la persona (*artículo 31*); por ello, no es de orden público; el incapaz de ejercicio actúa por medio de su representante.²⁹²

La nulidad aparece como una especie de ineficacia (*Libro 1, Título IV, capítulo 9º, Sección 1ª, artículo 382*). Como novedad en dicho Código, los tipos de nulidad reconocidas son **la absoluta y la relativa**, (*ya que en el anterior consideraba a la nulidad y anulabilidad*). Según el artículo 386 los actos contrarios al orden público, la moral o las buenas costumbres *son de nulidad absoluta*, y los que sólo protegen el interés de ciertas personas son de *nulidad relativa*. Requieren declaración judicial, aunque tiene la peculiaridad de que puede declararse oficiosamente si es manifiesta (*artículo 387*), amén de que todo interesado puede invocarla. La relativa por regla general sólo el afectado puede invocarla (*artículo 388*), y es confirmable (*artículo 393*).

²⁹² El artículo 100 establece la regla general de que “*Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.*”

CAPÍTULO V

BIDIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: COMO *ELEMENTO DE VALIDEZ* EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO: 5.1. La Bidimensión de la capacidad en el Derecho Mexicano. 5.2. La inexistencia y nulidad en el Derecho Mexicano. 5.2.1 Antecedentes de la inexistencia en el Derecho Mexicano 5.2.2 La inexistencia y nulidad en el Código Civil Federal Vigente. 5.2.3. Precisión de género a especie. 5.3. Los elementos esenciales. 5.4. La inexistencia y sus características. 5.5. Elementos de validez. 5.6. Relación entre los elementos esenciales con los de validez. 5.7. La nulidad y su clasificación en el Derecho mexicano. 5.7.1. La nulidad como sanción. 5.7.2 La nulidad absoluta. 5.7.3 La nulidad relativa. 5.7.4 La nulidad total. 5.7.5 La nulidad parcial. 5.7.6 La nulidad ipso iure (de pleno derecho). 5.7.7 Nulidades que requieren declaración judicial. 5.7.8. Nulidades de oficio. 5.7.9. Por vía acción y por vía excepción. 5.8. Diferencias entre inexistencia y nulidad. 5.9. Enfoque doctrinal y legal sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad. 5.10. Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre inexistencia y nulidad. 5.11. Papel de la capacidad como elemento de validez. 5.12. Bienes y valores tutelados por la incapacidad.

5.1. La Bidimensión de la capacidad en el Derecho Mexicano.

Sin desconocer la influencia francesa en nuestro derecho civil, debemos considerar que desde el Código de Napoleón *la capacidad* era uno de los cuatro elementos considerados como indispensables para *la validez* contractual. Así, el artículo 1108 del referido cuerpo legislativo se contemplaba: “*Quatro condiciones son esenciales para la validez de un pacto: 1º El consentimiento de la parte que se obliga; 2º Su capacidad para contratar; 3º Un objeto cierto que forme la materia de la obligación; 4º*

*Una causa lícita para obligarse.*¹ El nuestro derecho civil doméstico, en consonancia con el derecho civil iberoamericano, también así la considera. Manuel Mateos Alarcón, en los estudios que hace sobre el Código Civil del Distrito Federal que se promulgó en 1870 refiere “La primera circunstancia esencial para la validez de los contratos es la capacidad de los contrayentes”.² Los elementos de validez del contrato, en el vigente derecho civil mexicano son: la **capacidad** de las partes; la ausencia de vicios en el consentimiento; la formalidad, y el objeto lícito.

La primera dimensión de la capacidad es, el que constituye *el atributo más importante de las personas*; la segunda lo constituye el ser un *requisito para la eficacia de los actos jurídicos*; en el derecho mexicano de manera específica, se traduce en constituir un elemento de validez. En nuestro derecho patrio, la doctrina tradicional no se refiere a la teoría de la ineficacia como sucede en otros ordenamientos jurídicos; en cambio, hablamos de una teoría de las nulidades adaptada al derecho mexicano,³ y en ella se comprenden, primero, a los **elementos esenciales** como presupuestos de la existencia; y luego, como condiciones que deben cumplirse para la existencia perfecta de los actos jurídicos, tenemos a los **elementos de validez**.

Cuando se estudió el tema de la capacidad e incapacidad como atributo de las personas *–primer dimensión de la capacidad–*, se distinguió perfectamente a la capacidad de goce, que, como sabemos alude a la aptitud de titularidad que toda persona tiene, y a la de ejercicio como la aptitud de la persona para hacer valer por sí mismo sus derechos y cumplir *per se* con sus obligaciones. “Las restricciones a la capacidad de ejercicio, se encuentran esencialmente reguladas en el artículo 450 del Código Civil. (Federal).”⁴ También se señalaron las situaciones que se tienen como *incapacidades de goce* y las que se consideran como *incapacidades de ejercicio*; sin embargo, se advierte que no hay un puente que venga a dar conexión entre la primera y segunda dimensión de la capacidad.

En efecto, cuando se trata la capacidad como elemento de validez *–la segunda dimensión–*, que es la que en éste capítulo nos ocupa, evidenciamos que nuestra legislación civil mexicana, sólo hace referencia a la palabra *“incapacidad”*, por esto es

¹ CÓDIGO NAPOLEÓN, Con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Imprenta de la Hija de Ibarra, Madrid MDCCCIX (1809), Edición facsimilar del original perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. p. 203

² MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo III, Tratado de obligaciones y contratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 22.

³ El actual derecho mexicano no adopta la Teoría Clásica francesa que considera como principales supuestos de ineficacia a la inexistencia, nulidad y anulabilidad; más bien, se basa en la Teoría de Julien Bonecasse que distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, aclarando que el significado que se da a la nulidad no se identifica con la nulidad absoluta, ni la anulabilidad, con la nulidad relativa.

⁴ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *Anales de Jurisprudencia*, Núm, 233, Sección de Previa, 1998, p. 207 y 208.

que se afirma la indistinción antes patentada, más aún que su consecuencia es **la nulidad** del contrato; nulidad que en la legislación civil mexicana se califica de relativa. Este es el punto toral del que partimos; el que no se distinga entre los tipos de incapacidad, y luego que se generalice en la ley, como consecuencia única de la incapacidad a la nulidad relativa. Sobre esto último, se estima que debe distinguirse también de manera muy clara, *–como sí se hace respecto a la primer dimensión de la capacidad,–* especificando cual debe ser la consecuencia que debería corresponder a cada especie de incapacidad, ya que por ejemplo, un menor que se hace pasar como mayor simplemente aseverando que es mayor, o bien de manera dolosa falsifica un documento para apreter como mayor de edad,⁵ ambos casos lo son de incapacidad de ejercicio que la ley chilena (*según negligencia o no del contratante para cerciorarse de la capacidad del otro, o del dolo del incapaz*) sanciona con la nulidad relativa, ya que en nuestro derecho mexicano, entre otros supuestos, **la incapacidad de las partes provoca éste tipo de nulidad**. En cambio, en caso de que se actualice –por ejemplo– la incapacidad de los ministros de cultos religiosos emanada del artículo 130 de la Ley Fundamental Mexicana, para adquirir herencia testamentaria, sería grave, atribuirle efectos de nulidad relativa. En el sistema jurídico positivo de otros países, se deslindan de manera clara las consecuencias según el tipo de incapacidad; por ende, no toda incapacidad debe provocar el mismo tipo de nulidad, ya que tutelan intereses distintos.

También, otro aspecto que debemos tener claro y que hemos señalado previamente estriba en que, *“la capacidad de ejercicio –como alude Rojina Villegas– supone la de goce. Si no hay capacidad de goce no puede haber de ejercicio relativamente a los derechos y obligaciones; en donde no existe la capacidad de goce menos puede ejercitarse un derecho, porque la ley lo impide. Quien no pueda contraer una obligación es lógico que no tendrá capacidad para cumplirla.”*⁶ Nos da claridad para el tema de las incapacidades, debemos hablar por tanto, de **incapacidades de ejercicio** y de **incapacidades de goce**; de lo que se colige que: si no se cuenta con la capacidad de goce para determinado acto jurídico, al ser ésta presupuesto de la de ejercicio, tampoco se contará con ésta.

En resumen, la capacidad jurídica es tenida en nuestro derecho mexicano como un elemento para la validez de los actos jurídicos, y por ende de la eficacia de estos actos; sin embargo, se ha precisado que el derecho mexicano se incurre en una gravísima omisión prescriptiva. **¿De dónde deriva ésta omisión?** De la indistinción entre las consecuencias que deberían ser atribuibles ante situaciones de incapacidad de ejercicio, y entre las que deberían corresponder a los casos de incapacidad de goce. Así, partiendo de estos antecedentes, éste trabajo busca propuestas y soluciones que vengan a dar una adecuada conexión a la bidimensión de la capacidad como

⁵ VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 339 y 340

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción Personas y Familia, Porrúa, México, 1986. p. 136

atributo, con la teoría de las nulidades que considera a la capacidad como elemento de validez de los actos jurídicos: *¿cuál deberá ser la consecuencia atribuible a los casos de incapacidad de goce? si se cuenta con la capacidad de goce pero no la de ejercicio ¿cuál es la ruta jurídica a seguir para que válidamente pueda contratar quien se encuentre en ese supuesto?, y si se posee la capacidad de goce y también con la de ejercicio, ¿jurídicamente qué caminos tienen éstos sujetos para contratar válidamente?*

Las anteriores son preguntas que se pretenden resolver mediante el análisis jurídico que sobre el particular efectuemos; por ello, nuestra tarea en éste capítulo será, el dar conexión a las dos dimensiones de la capacidad, para así poder derivar las consecuencias que serían atribuibles a la falta de capacidad de ejercicio por un lado, y las atribuibles a la incapacidad de goce, por el otro.

5.2. La inexistencia y nulidad en el Derecho Mexicano

5.2.1 Antecedentes de la inexistencia en el Derecho Mexicano.

Los Códigos Civiles mexicanos anteriores al actual; es decir, los de 1870 y 1884 no reglamentaron la inexistencia. En el estudio que Manuel Mateos Alarcón hace de esos códigos, ni siquiera la refieren, en la lección quinta que es la que en consonancia con dichos códigos, por la temática, correspondería su estudio; pero sólo refieren *“de la rescisión y nulidad de las obligaciones.”*⁷

El actual Código Civil Federal distingue entre *“inexistencia”* y *“nulidad absoluta”* y *“nulidad relativa”*, permitiendo que cualquiera que tenga interés jurídico pueda invocar la nulidad por ilicitud. En el Libro Cuarto “De las obligaciones”, Primera Parte “De las Obligaciones en General”, Título Sexto “De la inexistencia y la nulidad” se regula a la existencia y la inexistencia de actos jurídicos; son únicamente dos los artículos en los que se contiene; el primero de ellos es el artículo 1794 lo hace en sentido positivo y prescribe: *“Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”* El segundo que es el que propiamente nos interesa, es referente *a la inexistencia del acto jurídico*. Así, el artículo 2224 del mismo ordenamiento establece: *“El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”*

En cuanto a los antecedentes de la nulidad en México aludiremos a los códigos de 1870, 1884 y de 1928.

⁷ MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo III, op. cit., p. 354.

5.2.1.1. El Código Civil de 1870.

Aunque hubo previos intentos, es considerado el primer Código Civil del México independiente; es el primer monumento legislado en materia civil como lo refiere Pablo Macedo.⁸ “Hubo algunos intentos previos, aislados y frustráneos, habían hecho que siguiéramos sin leyes propias, exceptuando uno que otro Código que quedó sin aplicarse y algún decreto que regulaba un aspecto especial de cierta materia aislada.”⁹

Como antecedente de éste cuerpo normativo tenemos a la Constitución de Cádiz de 1812, siguió el modelo liberal, que consideró la conveniencia de modificar todo el derecho en lo que se incluía a la Codificación civil. Las leyes españolas siguieron aplicándose; entre ellas encontramos a las Siete Partidas; los Códigos de Oaxaca y Zacatecas de 1857 y 1859 aparecidos bajo la vigencia de la Constitución de 1857. “De cualquier modo, el primer intento importante hecho por el Gobierno Federal en éste proceso, lo hizo el presidente Benito Juárez al encargarle en 1858, un Proyecto de Código Civil a Justo Sierra O’Reilly, quien puso manos a la obra con verdadera dedicación y lo concluyó en 1860. Don Justo Sierra menciona entre las fuentes más importantes de su trabajo el Código Civil Francés y al Proyecto español de Florencio García Goyena de 1851.”¹⁰ Sierra murió, y en 1862 se erigió una comisión revisora de su proyecto, y después de dos revisiones más se logró el Código de 1870.

El contexto político y social de esa época se refleja en el Código Civil de 1870, el federalismo constitucional, el liberalismo económico e individualismo político se ven manifestados en el mismo. “El código de 1870 fue una ley de transición entre las ideas del despotismo ilustrado de los monarcas borbónicos de fines del siglo XVII y el racionalismo iusnaturalista de la Ilustración y la Revolución francesa.”¹¹ En relación al Código Civil de 1870 se considera que tiene influencia netamente europea ya que se inspiró en el Código Civil Portugués de 1867, en el Código de Napoleón, y también en el Proyecto español de García Goyena “pero de mediana importancia, ya

⁸ MACEDO, Pablo, “El Código de 1870. Su importancia en el Derecho Mexicano”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 3, pp. 245-265, México, 1971, p. 264

⁹ El 1º de diciembre de 1828 se expidió el primer proyecto de Código Civil del Estado de Zacatecas que no llegó a entrar en vigor. *Cfr. Ibidem*, p. 246

¹⁰ IGLESIAS, Román, y MORINEAU IDUARTE, Martha, “La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 7, 1992, pp. 51-63, IJ-UNAM, p. 52.

¹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio “El Código Civil de 1884, del Distrito Federal y territorio de la Baja California”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano*, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, pp. 9-20, IJ-UNAM, México, 1985, p. 13

que lo fueron sin dejar de lado la tradición jurídica y los principios comunes a nuestra jurisprudencia.”¹²

De los anteriores Códigos del Derecho francés y de manera particular el Código Napoleónico, fueron los que tuvieron más influencia en código mexicano de referencia, de tal manera que, casi todas las instituciones consagradas en el primero se contemplaron en el segundo, aunque hubo algunas que no corrieron con la misma suerte. Sobre éste particular, Catherine Prati subraya que “el modelo que se utilizó para llevar bien la tarea codificadora del derecho civil mexicano es el francés. Sin lugar a duda, existe una influencia del Código Napoleón sobre el Código Civil mexicano, tanto desde el punto de vista sistemático como de la normatividad.”¹³ En éste rumbo, María del Refugio González alude: “Ha de tenerse en cuenta que, por lo menos cuatro instituciones del código napoleónico no se incluyeron en el código civil de 1870: *el consejo de familia, la adopción, la legitimación por decreto del soberano y la causa como elemento de validez de los contratos.*”¹⁴ En el libro primero se contempla la restitución in integrum; arrastrada desde el derecho romano, la institución resultó contraproducente por excesiva, al grado de *que el propósito de defender al incapacitado se volvió contra él pues nadie quería correr los riesgos inherentes a una contratación sujeta a anularse* ... Por esto, la institución desapareció en el Código de 1884.¹⁵ En el libro tercero trata de la extinción de las obligaciones, de su rescisión y nulidad.¹⁶ Empero, al igual que en el Código Civil Francés que se basó en la teoría clásica de las nulidades, los códigos mexicanos de 1870 y de 1884, tampoco distinguieron entre inexistencia y nulidad.¹⁷

5.2.1.2. El Código Civil de 1884.

Éste Código promulgado el 31 de marzo de 1884, es de corte *iusnaturalista racional*, y al igual que el anterior Código, *el individualismo y liberalismo* de la constitución de 1857 son aspectos en él considerados. En palabras de Galindo Garfias, en ese Código “se hace sentir con mayor fuerza que en el anterior cuerpo de leyes civiles, la influencia del racionalismo iusnaturalista, que se manifiesta por la importancia de los

¹² LICONA VITE, Cecilia, “La nulidad en el Código Civil de 1884. Aplicación Vigente de este Ordenamiento”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1985, p. 160.

¹³ PRATI, Catherine, “Apuntes sobre la influencia de la Legislación Civil Francesa en el Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, pp. 97-101, IIJ-UNAM, México, 1985, p. 97

¹⁴ GONZÁLEZ, María del Refugio, “Cien años de Derecho Civil?”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, pp. 21-41, IIJ-UNAM, México, 1985, p. 35

¹⁵ Miguel S. Macedo, Datos para el estudio del nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, México, 1884, págs. 17 y 18, en MACEDO, Pablo, “El Código de 1870... *op. cit.*”, p. 250

¹⁶ *Ibidem*, p. 256

¹⁷ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1993, p. 30

derechos del hombre como base de la estructura del Estado, del respeto a la libertad contractual y el carácter absoluto de la propiedad individual.”¹⁸

El Código de 1884 tiene mucha coincidencia con el anterior Código de 1870; no hay diferencias de manera esencial entre ambos Códigos. María del Refugio González y Catherine Prati corroboran lo antes expresado.

Prati afirma que *“la literatura jurídica menciona comúnmente la casi reproducción del contenido del Código Civil de 1870 en el Código de 1884. Se insiste sobre la ausencia de diferencias esenciales entre los dos códigos...”*¹⁹ El Código aludido se dividió en cuatro libros. El libro primero alusivo a las personas, se dividió en doce títulos desarrollados en 44 capítulos. En el título noveno se dieron cambios importantes; *se suprimió* la prodigalidad como causa de incapacidad; también se eliminó la restitución *in íntegrum* que se otorgaba a todos los sujetos a tutela.²⁰ En tratándose de temas que fueron agregados los pequeños cambios que en éste rubro hubo entre los Código de 1870 y el de 1884 son expuestos por María del Refugio González así: *“En los catorce años que separaron al código de 1870 con el de 1884, no hubo cambios sustanciales en la sociedad mexicana de esa época, al nuevo código se incorporaron figuras como la regulación de los ausentes e ignorados, la propiedad intelectual, artística y dramática da lugar a la especificación y accesión, la mujer en ejercicio de la patria potestad, la regulación del hallazgo de un tesoro, la libertad testamentaria frente al sistema de la institución de herederos forzosos, que se incluyen en 1884,...”*²¹

Por último, tocante al tema de nulidades en el código de 1884 no se distinguió entre inexistencia y nulidad, inclusive no se empleaba la expresión “inexistencia” sólo se trataba a las nulidades, y eran de dos clases: la de pleno derecho y la anulabilidad.²² En cuanto a lo demás, pudiera decirse lo mismo que prácticamente no hubo cambios sustanciales, con la salvedad de que la forma es considerada como un requisito para la validez de los contratos. En éste sentido Licon Vite en relación al Código de 1884 escribe que éste ordenamiento legal “procuró respetar lo más posible la esencia del Código Civil de 1870, intención que se cumplió en gran medida y la *materia de nulidades* no fue la excepción... con algunas pequeñas adiciones y con la novedad de declarar expresamente como condición necesaria *para la validez* de los contratos el que éstos se celebren precisamente en la *forma* requerida por la ley.”²³

¹⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio “El Código Civil de 1884, del Distrito Federal y territorio de la Baja California”, *op. cit.*, pp. 13 y 14

¹⁹ PRATI, Catherine, *op. cit.*, p. 97

²⁰ IGLESIAS, Román, y MORINEAU IDUARTE, Martha, *op. cit.*, p. 57

²¹ GONZÁLEZ, María del Refugio, *op. cit.*, p. 36 y ss.

²² “Nuestro código anterior –refiriéndose al de 1884– sólo reconocía la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta) y la anulabilidad del acto (nulidad relativa).” GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 1993, p. 270.

²³ LICONA VITE, Cecilia, *op. cit.*, p. 159

5.2.1.3. El Código Civil de 1928.

Se da bajo el esquema de la Constitución Mexicana de 1917, que busca entrelazar los intereses individuales con los sociales; se promulgó dicho Código el 30 de agosto de 1928, pero entró en vigor hasta el 1º de octubre de 1932.²⁴ No obstante a que no hubo muchos cambios formales que se encuentran en el Código Civil de 1870 y el de 1884, el primero conforma la base principal para el código vigente de 1928.²⁵ Sin embargo, no fue una mera reproducción de legislaciones europeas ni de sus anteriores códigos civiles domésticos. “En defensa de nuestros juristas mexicanos decimomónicos ha de decirse que su desempeño no se redujo a la simple copia, ya que buscaron adaptar las instituciones europeas a la realidad del país.”²⁶

El código civil de 1928, se encuentra dividido en cuatro Libros, estos en títulos, luego en capítulos y por último, en artículos. El último libro, el de las obligaciones tiene la particularidad de que, en vez de dividirse directamente en títulos, previo a ello, se divide en dos partes.²⁷

Tocante al tema de la nulidad, entre los trabajos realizados con motivo de la elaboración del Código de 1928, se hizo un análisis de la teoría bipartita y la tripartita. Aunque a fin de cuentas no se aceptó la teoría clásica de las nulidades que pretendía implantarse,²⁸ La teoría bipartita es identificada como la teoría clásica de las nulidades; la teoría tripartita, también de origen francés, agrega una categoría más: la correspondiente a “los actos inexistentes”.

En cuanto a su origen Galindo Garfias expone: “La teoría tripartita, y con ella la creación de la concepción de la inexistencia, surgió en Francia, donde un acto jurídico es una realidad y produce efectos, como si fuera enteramente válido, mientras no sea destruido por una decisión judicial que declare su nulidad (absoluta o relativa).”²⁹ En ésta teoría se refleja el pensamiento de Julien Bonnetcase, y a su vez, fueron éstas ideas las que tuvieron una influencia decisiva en el legislador mexicano de 1928, influjo que no se divulgó y aceptó con el mismo éxito por la doctrina francesa dominante, ni en su derecho positivo.³⁰ Lo que equivale a decir, que la teoría de las nulidades que consagra el Código Napoleónico es la de la teoría clásica; misma que

²⁴ IGLESIAS, Román, y MORINEAU IDUARTE, Martha, *op. cit.*, p. 59

²⁵ PRATI, Catherine, *op. cit.*, p. 97

²⁶ GONZÁLEZ, María del Refugio, *op. cit.*, p. 31

²⁷ IGLESIAS, Román, y MORINEAU IDUARTE, Martha, *op. cit.*, p. 61.

²⁸ La teoría clásica o bipartita distingue entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad; y el mezclar ambas teorías ha llegado a provocar un gran error para el sistema de nulidades mexicano; el error ha sido el equiparar la nulidad de pleno derecho con la absoluta, y la anulabilidad con la nulidad relativa. Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 270

²⁹ *Ibidem*, p. 168

³⁰ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al Derecho Mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1981, p. 99

fue considerada también en los Códigos Civiles anteriores al mexicano de 1928; ya que éste último, se inspira en la tripartita de Bonnecase; y quien la sugirió fue Manuel Borja Soriano, según refiere Galindo Garfias.³¹

Finalmente, la reforma a este proyecto fue aprobada incluyéndose el espíritu de la teoría tripartita en los artículos 1794 y 1795, del capítulo I: *“De los contratos”*, del título primero: *“Fuentes de las obligaciones”* ; de la primera parte : *“De las obligaciones en general”*, del libro cuarto: *“De las obligaciones”*, del Código Civil en Vigor; así como en los artículos 2224 a 2242, del título sexto: *“De la inexistencia y de la nulidad”*, del mismo Libro Cuarto.³² Por lo anterior, es que hasta el Código Civil de 1928 se utilizó la expresión “inexistencia” y se diferencia de manera clara entre la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.³³ También, por razones obvias, fue “el Código civil del Distrito Federal de 1928 quien deslindó con exactitud los elementos de existencia o esenciales, de los elementos de validez de los contratos, siendo los primeros el consentimiento y el objeto, y los segundos, según es sabido, la capacidad de los contratantes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud en el objeto, motivo y fin (usando estos conceptos en substitución de la “causa” del contrato), y la forma.”³⁴ Para los actos jurídicos, se agrega como elemento esencial a la solemnidad ya que hay quienes estiman que en el derecho mexicano no existen contratos solemnes.

5.2.2. La inexistencia y nulidad en el Código Civil Federal Vigente.

El Código Civil Federal en vigor, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto todos ellos de 1928.

Debido a los antecedentes expuestos, como no existe una pureza en cuanto a las teorías en las que se inspira, la consecuencia es que haya muchas confusiones sobre el tema de las nulidades, *-se confunden los términos de “inexistencia” y “nulidad”*; por inicio de cuentas nuestro máximo tribunal no ha atinado en precisar las

³¹ Al proyecto se le realizaron varias reformas, en materia de nulidad, a sugerencia de Manuel Borja Soriano, se introdujo la teoría tripartita que distingue entre inexistencia y nulidad, y entre nulidad absoluta y nulidad relativa, teoría inspirada en las ideas de Bonnecase. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 166 y ss

³² *Ibidem*, p. 167.

³³ Es hasta la aparición del Código de 1928 cuando, siguiendo la postura tripartita introducida por Bonnecase, se distingue en nuestro derecho positivo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 30

³⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, et al., *Panorama de la legislación civil en México*, IIJ-UNAM, México, 1960, p. 79.

diferencias y que desde luego son varias, sino que lo más grave es, que llega a equipararlas.³⁵

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.

La doctrina jurídica no ha sido la excepción, son pocos los jus-civilistas mexicanos entre los cuales podemos encontrar a *Manuel Borja Soriano, Rafael Rojina Villegas y Ernesto Gutiérrez y González*, entre otros, quienes han entendido y explicado muy bien dichos temas en el contexto del derecho mexicano; sus explicaciones son congruentes con la teoría y con las disposiciones legales; por ello serán referencias obligadas en cuanto a los temas de las ineficacias en el derecho mexicano. Creemos que la confusión se puede originar cuando hacemos comparaciones de nuestro régimen legal de nulidades mexicano; con la teoría clásica de las nulidades francesa; con la doctrina española o italiana; porque en realidad la teoría de las nulidades mexicana es *sui generis*, si bien, se inspira en la teoría de Bonnetcase, tiene sus peculiaridades. Prueba de la confusión que predomina es la siguiente: Al respecto me permito transcribir una apreciación doctrinal que corrobora esta afirmación:

Soyla León Tovar, doctrinista mexicana perteneciente a las generaciones actuales de juristas señala "*La nulidad es la consecuencia de la falta de alguno de los elementos esenciales o de validez de los contratos; es absoluta por falta de consentimiento u objeto, [...] En general, el contrato será nulo cuando falte alguno de los elementos tanto de existencia como de validez del acto [...]* ".³⁶ Para comenzar, conforme a la teoría de las nulidades mexicana no es correcta la primera apreciación ya que la falta de elementos esenciales no engendra la nulidad, sino la inexistencia; la falta absoluta de consentimiento u objeto no origina la nulidad. En el derecho mexicano la inexistencia no requiere declaración judicial; la nulidad sí lo necesita. En este rumbo, Roberto San Román Aranda señala de una manera imprecisa que la falta de solemnidad, el

³⁵ La Tercera Sala de la SCJN, ha establecido la siguiente tesis jurisprudencial. Fuente: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 296, p. 199.

³⁶ *Vid.* LEÓN TOVAR, Soyila H., *Contratos Mercantiles*, OXFORD, México, 2002, pp. 77 y ss.

contrato se verá afectado de nulidad absoluta.³⁷ Cuando de la falta de solemnidad lo que deriva es la inexistencia

También se confunden los términos de “nulidad de pleno derecho” e “inexistencia”. Trinidad García señala que “*para algunos autores el acto inexistente es el nulo de pleno derecho*”.³⁸ Si bien sus consecuencias llegan a ser muy semejantes, los supuestos de hecho que originan a una y a otra, son distintos, ciertas ilicitudes originan la nulidad de pleno derecho; la inexistencia sólo es por falta de objeto o de consentimiento. En el derecho mexicano la regla general es que no existen las nulidades de pleno derecho; la excepción es, que la misma ley así lo señale. Así, por ejemplo, el artículo 1724 del Código Civil Federal señala: *Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispense al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.*

Se confunde también la expresión de “nulidad absoluta” con “nulidad de pleno derecho”; Moto Salazar las refiere como indistintas, considerando que la nulidad absoluta o de pleno derecho se genera por contravenir a las leyes prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres.³⁹ Lo cual resulta incorrecto, ya que en México, la nulidad absoluta no opera de pleno derecho, pues aun tratándose de nulidades absolutas, en nuestro régimen jurídico requieren declaración judicial.

También es necesario deslindar la diferencia existente entre “*nulidad total*” con “*nulidad absoluta*”; y, “*nulidad parcial*”⁴⁰ con “*nulidad relativa*”. Todo lo anterior lo hemos constatado tanto en el ámbito doctrinal, jurisprudencial, e incluso a problemas de “nulidad total” suelen ser confundidos con “nulidad absoluta” y problemas de “nulidad parcial” los refieren como “nulidad relativa”, cuando realmente son diversos; por eso, pretendemos mediante el análisis doctrinal, legal y jurisprudencial tener una visión mucho más clara y precisa sobre la temática abordada.

5.2.3. Precisión de género a especie.

Conforme al Código Civil, las reglas sobre la validez e invalidez de los contratos se aplican también a los actos jurídicos, cuando debería ser al contrario, es decir, las reglas deberían establecerse para los actos jurídicos que son el género, y de allí bajarla a sus especies, dentro de las que encontramos al contrato. Referente a esta relación entre contrato y acto jurídico Lázaro Tenorio hace una crítica al Código Civil

³⁷ Cfr. SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones*, MCGRAW-HILL, México, 2002, p. 32

³⁸ Cfr. GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1972, p. 214

³⁹ Vid. MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, PORRÚA, México, 1986, p. 36.

⁴⁰ “El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas.” *Ibidem.*, p. 37

Federal por lo que sigue: “En el Código Civil se debiera partir del estudio de los elementos del acto jurídico como género, y no de los contratos que son una especie del primero; así mismo, distinguir entre “consentimiento” y “manifestación de voluntad.”⁴¹ En ésta dirección escribe Ricardo Treviño que: “No obstante que el género es el acto jurídico y la especie el contrato, el legislador procedió a fijar una serie de disposiciones legales, para después indicar que las disposiciones legales relativas a los contratos son aplicables a los convenios y demás actos jurídicos.”⁴² Galindo Garfias considera también que las reglas de invalidez se deben aplicar no sólo a los contratos, sino en general a todos los actos jurídicos.⁴³

Robusteciendo lo anterior, Licona Vite en relación al Código Civil Federal señala que “Se sigue el método de los códigos modernos de la época que en lugar de reglamentar el acto jurídico como el género, norman el contrato y dan las reglas que rigen su validez y nulidad.”⁴⁴ De lo anterior se advierte que, si bien los códigos civiles actuales reglamentan las nulidades en función del contrato, que es de menor extensión, no lo hacen en función del acto jurídico que es de mayor extensión, y si la figura del contrato queda por tanto comprendida en ésta; la reglamentación debería ser al contrario, es decir, existir en relación a los actos jurídicos y de allí derivarla a sus especies y por ende, a los contratos.

En efecto, cuando se habla de los elementos esenciales y los de validez, verbigracia, el Código Civil los considera en función del contrato, aunque también resultan aplicables a otros actos jurídicos; estimamos también que lo apropiado es, el que se haga la enunciación en función del acto jurídico por ser éste el género de aquellos. Así, si hablamos de un acto jurídico, como por ejemplo en el testamento, en la oferta al público, en la promesa de recompensa, no deberíamos referirnos a un “consentimiento” –que es apropiado en tratándose del contrato–, más bien debería emplearse la expresión “manifestación de voluntad”, no podríamos decir para éstas declaraciones unilaterales de voluntad, que el elemento esencial que debe privar es el *consentimiento*, o que el elemento de validez relativo al mismo es la “ausencia de vicios en el consentimiento”. No se alteraría para nada si en cambio, nos referimos a la “manifestación de voluntad” o “ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad”, sino que resultan más apropiadas como se verá: En cuanto a los elementos de existencia, si en un contrato una de las partes no compromete su voluntad, estaría faltando la manifestación de voluntad; o respecto de los elementos de validez, si

⁴¹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, pp. 188 y 197.

⁴² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, McGraw-Hill, México, 2007, p. 77

⁴³ “El concepto de invalidez es aplicable en sus tres aspectos (inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa) no sólo al contrato, sino a toda especie de actos jurídicos, de los cuales aquél es sólo una especie pues en la variada gama de actos o negocios jurídicos, caben varias clases.” GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁴ LICONA VITE, Cecilia, *op. cit.*, p. 160.

alguna de las partes padece la violencia, o es víctima del dolo o mala fe, por ejemplo, también resultaría apropiado decir que hay *vicios en la voluntad* de ese sujeto.

Partiendo de la relación más amplia, la eficacia de los actos jurídicos comprende a todos aquellos elementos que deben observarse para la existencia perfecta de los mismos. La doctrina jurídica mexicana, decíamos que no desarrolla una teoría basada en la ineficacia; sin embargo, algunos juristas mexicanos que utilizan éste término: Diego Robles Farías, Ricardo Treviño García,⁴⁵ José Montiel Rodríguez⁴⁶ y Lázaro Tenorio Godínez,⁴⁷ pero simplemente para ubicar a ésta como figura genérica por la cual los actos jurídicos se ven privados de efectos jurídicos. El también jurista mexicano Jorge Sánchez-Cordero Dávila refiere que la ineficacia es empleada por la literatura jurídica actual, la falta de elementos de existencia o de algún requisito de validez nos conduce a la ineficacia del acto. *"La sanción genérica es pues de ineficacia y las específicas son la inexistencia (artículo 2224 del C.C.), la nulidad absoluta (artículo 2225 y 2226 del C.C.) y la nulidad relativa (artículo 2227 del C.C.)."*⁴⁸

La existencia del contrato, en opinión de José Antonio Márquez "debe reducirse a una dimensión de carácter estrictamente jurídico, aunque ello no sea sino una grave tautología."⁴⁹ Para ello deberán cumplirse cabalmente los elementos de existencia llamados esenciales, como condiciones *sine qua non* se nace a la vida jurídica el acto jurídico; luego deberán satisfacerse además, los elementos de validez, sin los cuales no se logra la existencia indefectuosa del acto jurídico. También debe precisarse que desde el Código Civil de 1884, la teoría de las obligaciones se ha construido en base al contrato, como si éste fuera la única fuente de ellas.⁵⁰ Se estima que debiera ser en función de la figura más genérica que es el acto jurídico; sin embargo, al momento de analizar los elementos referidos haremos la puntualización

⁴⁵ Concibe a la inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa o anulabilidad, rescisión, resolución y revocación de los actos jurídicos. Como especies de ineficacia. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 77

⁴⁶ Para la dogmática, en específico la civil, la ineficacia del acto jurídico consiste en que la ley lo prive de efectos (en realidad invalidez, porque se hable, en la dogmática civil, de ineficacia como género, en lo cual son especies la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad y la inoponibilidad, por ejemplo." MONTIEL RODRÍGUEZ, José, "La invalidez del acto jurídico (ineficacia para la dogmática", *Revista Jurídica de La Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Núm. 4. Pp. 91-103, Sección Artículos, 2003, Puebla, p. 93

⁴⁷ Cuando no se plasma o configura alguno de los elementos esenciales o de validez hay ineficacia del acto jurídico. Las manifestaciones de la ineficacia son: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación", op. cit., p. 188. La ineficacia se utiliza en sentido genérico y la inexistencia y la nulidad en sentido específico... la ineficacia es la imposibilidad o deficiencia de un acto jurídico que adolece de alguno o de todos sus elementos esenciales o de validez y que le impide existir o producir todas las consecuencias de derecho. *Ibidem*, p. 219

⁴⁸ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., op. cit., p. 98

⁴⁹ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, III-UNAM-Porrúa, México, 1993, p. 2

⁵⁰ El Código Civil de 1884 hace del contrato fuente casi única de obligaciones, y construye la teoría de éstas en torno al concepto del contrato. MACEDO, Pablo, *Evolución del Derecho Civil*, Stylo, México, 1942, p. 67. En LICONA VITE, Cecilia, op. cit., pp. 160 y 161.

en relación a los actos jurídicos y al contrato. Con la aclaración previa tenemos que dichos elementos son:

LOS ELEMENTOS ESENCIALES	LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ
1.- LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD para los actos jurídicos O EL CONSENTIMIENTO para los contratos 2.- EL OBJETO POSIBLE. 3.- SOLEMNIDAD (excepcionalmente).	1. LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD 2. LA CAPACIDAD 3. LA FORMALIDAD (La falta de cualesquiera de estos provoca nulidad relativa) 4. EL OBJETO LÍCITO. (Por lo general provoca la nulidad absoluta)

5.3. Los elementos esenciales

Los elementos esenciales⁵¹ o de existencia, son aquellos sin los cuales no se constituye el acto jurídico. Así, para la existencia del contrato en el derecho mexicano se requiere que haya consentimiento y un objeto materia del mismo.⁵² Conforme al artículo 1281 del Código Civil Federal, *para la existencia del contrato se requiere. I.- Consentimiento, II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.* Y el artículo 2228 del mismo ordenamiento que puntualiza las causas que producen la nulidad, al establecer: *“la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes [...]”,* reconociendo a la solemnidad no como requisito de validez. La doctrina mexicana la considera como elemento de existencia.

En la doctrina mexicana, se reconoce además, como elemento constitutivo a la solemnidad, con acierto expresa Efraín Moto Salazar: *“de acuerdo a nuestra ley, un acto jurídico es inexistente cuando al realizarlo falta la voluntad o el objeto y, en algunos casos, las solemnidades”*.⁵³ A su vez, Manuel Bejarano precisa que para la existencia del contrato:⁵⁴

1.- Es necesario que los contratantes emitan por un lado, una declaración de voluntad para celebrar el acto (oferta), y que se pongan de acuerdo (concierto de voluntades), a lo que llamamos consentimiento, que se forma precisamente con la respuesta congruente con esa oferta (aceptación).

2.- Que el contenido de sus voluntades se refiera a una conducta posible física y jurídicamente. Hay conductas imposibles de efectuar, ya porque lo impida la ley

⁵¹ Según la Real Academia Española, esencia es aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas; lo más importante y característico de las cosas. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 967

⁵² MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, op. cit., p. 2

⁵³ MOTO SALAZAR, Efraín, op. cit., p. 35

⁵⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, México, 1999, p. 42 y 43

natural, o bien porque el orden jurídico lo obstaculiza. Cuando hay un objeto imposible, el contrato no existe como tal.

3.- Excepcionalmente, que la voluntad se exteriorice de una manera ritual, solemne, como condición (indispensable) *sine qua non* para la constitución del acto. A decir de Bejarano Sánchez, “en México, no existen los contratos solemnes y por ello el legislador no incluyó la solemnidad entre sus requisitos de existencia; sin embargo sí hay actos jurídicos solemnes como el matrimonio”.⁵⁵

En este orden de ideas, en el derecho mexicano, los elementos esenciales del contrato son: el consentimiento, el objeto, y excepcionalmente la solemnidad. Cuando se omite un requisito esencial o de existencia, “el acto es, ante el Derecho, *inexistente*”. La ausencia de elementos esenciales da la apariencia de ser un acto jurídico, pero no lo es, Jorge Llambías estima que si falta cualquier elemento esencial, sólo es un aparente acto jurídico, pero no será ese acto jurídico, se le denomina “*acto jurídico inexistente*.”⁵⁶ En este supuesto, Antonio Vodanovic hace patente la afirmación de la jurisprudencia francesa en el sentido que nos encontramos ante un malentendido o tentativa de acto, “*podría decirse que el acto ha nacido muerto y, por lo tanto, desprovisto de existencia legal*.”⁵⁷

En el derecho mexicano, la falta de alguno de ellos constituye la nada jurídicamente hablando; la nada jurídicamente no engendra consecuencias atribuibles al acto jurídico que persiguieron las partes, no requiere de declaración en ningún sentido; sólo debemos atender a los actos inexistentes cuando se hayan cumplido de hecho, pues son aquellos que en apariencia existen;⁵⁸ y si acaso fuese materia de un litigio, el juez simplemente constatará que ese acto jurídicamente nunca existió, y que por tanto, tampoco ha engendrado consecuencia alguna como tal; es decir, como el acto jurídico que procuraban las partes; quizás las consecuencias atribuibles serían en relación a un hecho jurídico u otro acto jurídico distinto, mas nunca las del acto jurídico que las partes pretendían. También son actos inexistentes los que nunca se han realizado, aunque de ellos nadie se preocupa.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 43

⁵⁶ Cfr. LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, PERROT, Buenos Aires, 1997, p. 289

⁵⁷ VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 167.

⁵⁸ Sólo debemos ocuparnos de los actos inexistentes, cuando éstos se hayan cumplido de hecho y se rinda su prueba: son naturalmente inexistentes los actos que nadie haya realizado jamás; pero ninguna persona se ocupa de ellos, en tanto que hay actos que pueden existir en apariencia y cuya prueba se rinde, pero que jurídicamente son inexistentes. PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, (Trad. Leonel Pereznieta Castro, Oxford University Press, México, 2004, p. 59

Desde la teoría francesa⁵⁹ se ha proclamado que el acto inexistente es la nada jurídica, Rafael Rojina también así lo especifica “*la inexistencia es la nada jurídicamente hablando*”.⁶⁰ Sin embargo, realmente ¿*el acto inexistente es la nada jurídica*?

Estimamos que el acto inexistente no es la nada jurídica en términos absolutos, simplemente no existirá como el acto jurídico que las partes pretendían realizar, pero no es la nada; y máxime cuando haya conductas de hecho tendientes a su ejecución. Cuando hay un aparente consentimiento, o aparentemente existe un objeto; en el fondo no los hay, aunque en el aspecto pudiéramos creer que lo hay, realmente no existe. Esto es factible dado que, el consensualismo llevado a su máximo esplendor, puede propiciarlo y por ello es que, jurídicamente sea posible para la mayoría de los contratos, que el consentimiento pueda darse de manera tácita, lo que desde luego, puede originar grandísimos errores y así derivar una falta de consentimiento. Verbigracia, un caso de inexistencia por el *error in negotio*, tenemos que, una parte cree estar vendiendo y la otra estar celebrando una donación; el aparente consentimiento deriva del hecho de que cada una de las partes supone que la otra está celebrando el mismo contrato que tiene concebido la primera; pero en la esencia, no hay consentimiento puesto que, realmente no ha habido un acuerdo de voluntades. En este mismo supuesto, ¿*qué sucedería por ejemplo, si se hubiera entregado la cosa? ¿Este hecho sería la nada jurídicamente hablando?* Estimamos que no, si bien es cierto, lo anterior no podría calificarse ni como compraventa, ni como donación, pero también lo es que, evidentemente nos encontramos ante un hecho jurídico que engendra consecuencias de derecho; la primer consecuencia sería la restitución de la cosa, y si además se demuestra la existencia de un hecho ilícito, los resultantes daños y perjuicios que pudieran derivar de ese hecho, pero naturalmente que no es la nada jurídica.

En cuanto a la inexistencia por la falta de objeto, Sergio Azúa Reyes refiriéndose a éste supuesto, también considera que la inexistencia no es la nada jurídica y refiere: “El acto jurídico inexistente no es “la nada jurídica”. Los que celebraron el “contrato de lesionar” –a cambio de dinero se compromete lesionar a otro– no celebraron un acto jurídico ciertamente, es decir no celebraron el *acto jurídico pretendido*, pero de ahí no se deriva que no hayan hecho algo contemplado por el derecho, pues efectivamente han realizado un hecho jurídico (no un acto) ilícito calificado por la ley como delito en grado de tentativa, de tal suerte esa conducta no es la nada jurídica, es algo, pero no el acto jurídico que pretendieron y por lo tanto no surtirá los efectos que en el caso de haberse configurado le sería propios, [...]”⁶¹

⁵⁹ Planiol & Ripert en relación a la diferencia entre inexistencia y nulidad señalan “cuando un acto es inexistente, la ley no necesita anularlo; es un acto que en verdad no se ha realizado, y que sólo existe en apariencia, siendo ésta lo que está a discusión. En el fondo nada existe que pueda ser anulado por la ley. *Idem*.

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 123

⁶¹ AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 32

En suma, la inexistencia del acto jurídico, no es la nada jurídica, simplemente que el pretendido acto jurídico anhelado por las partes no llegó a darse, por lo tanto no se pueden derivar las consecuencias que el derecho atribuye a ese acto; pero puede haber otras consecuencias atribuibles en relación a un hecho jurídico o a un acto jurídico pero distinto al acto jurídico que las partes pretendían realizar.⁶²

5.3.1. La manifestación de voluntad o el consentimiento.

El primer elemento esencial es la manifestación de la voluntad si se trata de un acto jurídico unilateral; pero en tratándose de las convenciones *-si se trata de un acto jurídico bilateral o plurilateral-* será *el consentimiento* que presupone un acuerdo de voluntades por el cual se crean o transfieren derechos y obligaciones.

Dicho consentimiento está formado por: una manifestación unilateral de voluntad llamada *oferta* que no es otra cosa que una propuesta o iniciativa negocial; y por una *aceptación* declaración unilateral de voluntad que se adhiere a la oferta, es una respuesta congruente con esa oferta; es decir, para que la declaración unilateral de voluntad se tenga como aceptación debe contener una respuesta congruente con la oferta, no es la oferta sola ni es la aceptación sola; ambas se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente;

Por regla general, el primer elemento que debe darse para la existencia del contrato, llámese voluntad o consentimiento, según se trate de un acto jurídico o de un contrato respectivamente, basta con que se den para tenerse por satisfechos. “... *dado el carácter externo del derecho como sistema normativo, basta con que exista una apariencia de la voluntad para que se tenga por satisfecho el primero de los requisitos de existencia ...*”⁶³ En un segundo momento, es decir, ya en cuanto a la validez, se vuelve a hacer un análisis más detallado de esa voluntad, si fue emitida por un capaz, si no está viciada, si se emitió de la forma que la ley exige; pero para la existencia basta que haya voluntad o acuerdo de voluntades según sea un acto o una convención.

En cuanto al consensualismo, a diferencia del derecho romano que era eminentemente ritual; el derecho moderno en éste tema otorga gran flexibilidad en aras de facilitar la negociación; incluso puede darse el consentimiento de manera tácita.

⁶² Un acto jurídico inexistente no puede producir efectos como acto jurídico, pero sí como hecho jurídico. La inexistencia en los actos jurídicos impide que éstos produzcan efectos de derecho o sea, que un acto jurídico como tal pueda producir efectos. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 122

⁶³ AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 31

El artículo 1803 del Código Civil Federal establece: *“El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:*

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

La voluntad es tácita cuando se infiere por conductas que autoricen a presumir esa voluntad obligacional. El consentimiento tácito, no proviene de una declaración por medio del lenguaje o de un signo inequívoco, sino más bien de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. Por ejemplo, la tácita reconducción en el contrato de arrendamiento.

¿Es el silencio una manifestación de voluntad? Existe un antagonismo entre las siguientes premisas; por un lado, la premisa que afirma que *“Quién calla otorga”*; y la otra que sostiene que *“quien calla, nada dice”*. No debemos confundir la aceptación tácita con el silencio; la primera se obtiene de hechos o actos que la presuman o autoricen a presuponerla; el silencio es la falta de manifestación de voluntad.⁶⁴ El silencio por tanto, no es una expresión de la voluntad contractual, ni por ende puede inferirse del mismo una propuesta o aceptación del contrato. Bejarano Sánchez estima que *“el silencio presenta un significado equívoco, y por mucho que se deseche el formalismo, el consentimiento necesariamente ha de demostrarse.”*⁶⁵ Si ante una oferta sólo se muestra silencio, no puede tenerse como si eso fuera una respuesta congruente a la oferta, no es aceptación, consecuentemente no hay consentimiento. *“No obstante, hay situaciones en que el acto parece integrarse por efectos del silencio, pero en ellos no es el silencio, sino los hechos que lo acompañan, los que demuestran la voluntad negocial y la ley que da efectos específicos a ese silencio.”*⁶⁶ Por ejemplo el caso del mandato que implique el ejercicio de una profesión; el artículo 2057 del Código Civil Federal lo presume aceptado por el sólo hecho de que no la rehúsen dentro de los tres días siguientes.

Los elementos del consentimiento son dos: 1. La oferta o policitud; y, 2. La aceptación.

A.- POLICITACIÓN.- (Oferta). Es la propuesta negocial, es decir, es una *declaración unilateral de voluntad*, por la que un sujeto propone a otro u otros la celebración de un convenio.

Las características de la policitud son:

⁶⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, CAJICA, Puebla, 1987, p. 273

⁶⁵ Así lo refieren Planiol & Ripert citados por BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 48

⁶⁶ *Idem.*

- Declaración Unilateral de voluntad
- Recepticia
- Expresa o tácita
- Hecha a otra persona (presente o no presente)
- Hecha a otra persona determinada o indeterminada
- Comprende los elementos esenciales del pretendido contrato
- Debe ser seria y con el ánimo de cumplirla.⁶⁷

B.- ACEPTACIÓN.- Es la respuesta congruente con la oferta, esto es, adherirse a la oferta.

Las características de la aceptación son:

- Declaración unilateral de voluntad
- Expresa o tácita
- Hecha a persona determinada
- Hecha a persona (presente o no)
- Debe ser seria
- Es una adhesión “lisa y llana” se reduce a un sí.⁶⁸

5.3.2. El objeto Posible.

Es lo que constituye la sustancia de la obligación esa tripartición (dare, facere, praestare⁶⁹); como Giuseppe Grosso lo precisa: “*Obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer nuestra una cosa o una servidumbre, sino en que alguien está constreñido a darnos, hacernos o garantizarnos una cosa).”⁷⁰ Ya que no se podría concebir un contrato con un simple acuerdo que carece de contenido, el acuerdo recae sobre prestaciones de dar, hacer o no hacer, que se deben las partes ya sea una a la otra, o bien entre ambas de manera recíproca; al tenor, precisa Ruggiero que: “Todo contrato debe tener un objeto, y si este falta, aquel carece de valor; es objeto toda prestación consistente en dar, hacer o no hacer, ya sea simple o compleja, ya se realice por una sola de las partes (contratos unilaterales), ya por ambas

⁶⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 265 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 271 y ss.

⁶⁹ *Praestare se refiere a la garantía*. “puede aceptarse que el *praestare* posee un significado inherente de garantía y que cabalmente para la indicación del elemento de la garantía, propio de la obligación (entendido en un sentido más concreto en la época primitiva) *se llegó en general a designar la prestación* (siguiendo también la evolución de la obligación). Con todo esto deberemos limitar el significado en que el *praestare* es entendido por los romanos cuando se menciona alternativamente con el *dare* o con el *facere* en la enumeración de las posibles prestaciones en la obligación.” GROSSO, Giuseppe, *Las obligaciones, contenido y requisito de la prestación*, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 57

⁷⁰ *Ibidem*, p. 33

(bilaterales)".⁷¹ El objeto de los contratos puede implicar una prestación de cosa⁷² o una prestación de hecho.

Cuando referimos el elemento anterior, precisábamos que bastaba con la simple existencia de la voluntad o consentimiento para tener por cumplido ese requisito esencial; sin embargo, referente a la prestación que se debe, es decir al objeto, señala Sergio Azúa *"por lo que hace al objeto la ley es mucho más severa, pues si no se satisfacen ciertos requisitos no existe objeto capaz de configurar el acto jurídico."*⁷³ Efectivamente, el objeto como prestación concreta que se debe; primero, puede ser *"una cosa"* o *"un hecho"*; y además, cada uno de ellos deben ser físicamente posibles y jurídicamente posibles, y debido a la esencia de la prestación – *cosa o hecho*–, es entendible que existan reglas específicas para la posibilidad física y jurídica de cada uno de ellos; así, por ejemplo, las reglas establecidas para la posibilidad física de la cosa, no serían aplicables a la posibilidad física del hecho; lo mismo, las reglas para la posibilidad jurídica del hecho, no lo serían en relación a las posibilidad jurídica de la cosa, de allí lo complejo del asunto, ya que si no se cumplen tales requisitos no habrá objeto posible, y por ende, nos situamos ante la inexistencia del acto jurídico pretendido. *"Tradicionalmente se opina que este requisito puede también ser considerado en una doble perspectiva que distingue la cosa material a que él se refiere y el hecho jurídico que la obligación incorpora. En el primer caso se trata de un objeto indirecto y en el segundo de uno directo."*⁷⁴

El segundo elemento esencial del contrato lo constituye el objeto posible. "El objeto del acto jurídico es la materia (cosas o hecho) sobre la que recae el acto y a la que tiende la voluntad del sujeto o los sujetos intervinientes."⁷⁵ Desde el plano jurídico doctrinal, no debemos confundir el objeto de la obligación con el objeto del contrato; el objeto de la obligación tiene dos acepciones "la primera acepción del objeto de la obligación, es una *conducta que debe observar el obligado*, ya sea de dar, hacer o no hacer, y la segunda forma del objeto, es *la cosa material* que se debe dar",⁷⁶ o el hecho concreto que el obligado debe hacer u omitir; en cambio, el *objeto directo del contrato* es la conducta jurídica, que conforme a la definición de convenio resulta ser el constituir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; y de

⁷¹ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1931, p. 291

⁷² La prestación de cosa consiste en: la translación del dominio de cosa cierta y determinada; la enajenación temporal del uso o goce de una cosa; La restitución de cosa ajena; y el pago de cosa debida. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 88

⁷³ AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 31

⁷⁴ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 3

⁷⁵ BARBERO, Omar U, *Introducción al Derecho Privado*, Editorial, Librería Juris, Rosario, 2004, p. 120

⁷⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 291

manera particular, para el contrato, es el *crear o transmitir* derechos y obligaciones. El objeto indirecto del contrato, viene a ser el objeto directo de la obligación.⁷⁷

El artículo 1824 del Código Civil Federal establece: “*Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.*” Esto lo que tendremos como objeto indirecto o prestación concreta.

Conforme a lo anterior, *para englobar tanto al objeto de la obligación y del contrato*, tenemos que el objeto del contrato es, tanto la *conducta jurídica (en abstracto)*, que consiste en *un crear o transmitir* derechos y obligaciones, que se traducen necesariamente en un dar, hacer o no hacer, como *la prestación en concreto*, es decir, la cosa material que se debe dar o el hecho que se debe hacer u omitir. Por lo tanto podrá ser directo o indirecto.

El objeto directo del contrato. Es la conducta jurídica en abstracto que consistirá en crear o transmitir derechos y obligaciones, y estos necesariamente se traducirán en un dar, hacer o no hacer.

Ahora bien, el artículo 2011 del Código Civil Federal establece: “*La prestación de cosa puede consistir: I. En la traslación de dominio de cosa cierta; II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.*” Entonces, el objeto directo del contrato en las obligaciones de dar tiene cuatro hipótesis. a) Transmisión del dominio, b) Transmisión del uso, c) Restitución de una cosa ajena (verbigracia la prenda, el depósito, el comodato), d) Al pagar una cosa o cantidad debida.

El objeto indirecto del contrato. Rojina Villegas señala que el objeto indirecto de los contratos “consiste en la cosa o en el hecho materia del convenio”.⁷⁸ Entonces éste lo conforma la cosa concreta que se debe dar o el hecho en concreto que las partes deben hacer.

Para que se tenga por satisfecho el objeto indirecto, es decir, la cosa y/o el hecho como prestaciones concretas de la obligación, deberán ser *física y jurídicamente posibles*; el objeto imposible, será por tanto, toda cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real,⁷⁹ porque va contra una ley natural o lo impida una norma jurídica; por ende, tenemos dos especies de imposibilidad; la imposibilidad natural o física y la imposibilidad jurídica, cuya actualización nos conducirá a la inexistencia del acto jurídico.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 292

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 120

⁷⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 60

5.3.2.1. La posibilidad de la cosa

El artículo 1825 del Código Civil Federal establece: “La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”

Conforme a la doctrina jurídica mexicana, el primero de los requisitos se identifica con la posibilidad física; el segundo y tercero, con la posibilidad jurídica; así, la posibilidad *física* de la cosa consiste en que ésta exista en la naturaleza o sea susceptible de llegar a existir; y será *jurídicamente* posible si es determinada o se dan las bases para poder determinarla en cuanto a su especie y además está dentro del comercio. “Las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza no se encuentran enumeradas en la ley, ni tampoco clasificadas o reglamentadas; simplemente son cosas que existen en el mundo, pero que por su constitución física no podrían ser jamás apropiadas individualmente [...] Las cosas que están fuera del comercio por disposición de ley, si están reglamentadas.”⁸⁰

Cosa físicamente imposible. La cosa que no existe, ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que debe regirla necesariamente. Seres simplemente literarios, mitológicos, intediluvianos, como no existen vivos en la naturaleza, a su existencia real se opone a la ley natural que necesariamente debe regirlo.⁸¹ (Una sirena viva, el caballo Rocinante, el asnito Platero, un pegasso, un unicornio, una ninfa, un fauno). Las cosas que no existen cuando se celebra el contrato pero son susceptibles de llegar a existir, constituyen un objeto física y jurídicamente posible.

Cosa jurídicamente imposible. Cuando el derecho positivo constituye un obstáculo insalvable en el sentido que no puede ser burlado; así, para que la cosa sea jurídicamente posible debe ser determinada o determinable y estar en el comercio; por ende, si no está determinada ni es determinable; o bien, si no está en el comercio estaremos ante una imposibilidad jurídica de la cosa.

El que la cosa sea determinada o determinable, nos lleva a señalar las formas de determinación y que apoyados en las ideas de Rafael Rojina Villegas son:⁸²

1. **La determinación por el simple género.-** Ésta constituye la forma máxima de indeterminación. Esta no la admite el derecho. Verbigracia: un animal, frutas, líquidos, un automóvil, cereales, una casa. Si así se expresa el objeto indirecto de la obligación contractual estaremos ante una imposibilidad jurídica de la cosa, y por ende ese pretendido contrato no existirá.

⁸⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Contratos, Porrúa, México, 1988, p. 81

⁸¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 60 y 61

⁸² ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 82

2. **La determinación genérica.-** Cuando sólo se determina su género específico, peso, medida, cantidad y/o calidad, más no se llega a determinar individualmente. Si bien es cierto, no es una determinación perfecta, pero ya la admite la ley, por ejemplo la venta de un automóvil en la que se indica la marca, el tipo y el modelo, pero sin individualizarlo; la donación de diez kilogramos de manzanas, el mutuo de una tonelada de frijol. En estos últimos casos, si no se determina la calidad, el deudor cumple entregando bienes de mediana calidad.
3. **La determinación individual o específica.-** Es la determinación perfecta (individual), se expresan los elementos que van a identificar a la cosa de las demás de su especie, haciéndola única. Aquí quedaría ejemplo la venta de un automóvil en la que se además de la marca, el tipo y el modelo, se señalan las características que llegan realmente a individualizarlo.

La indeterminación de la cosa impide la precisión sobre la especie de la cosa o sobre su medida, número o cantidad, impide el cumplimiento serio del contrato, produciendo una inexistencia. En conclusión, la llamada determinación del simple género produce la inexistencia por imposibilidad jurídica de la cosa; la determinación del simple género es admitida por el derecho; y la determinación individual o específica, es la determinación perfecta.

El último aspecto de *posibilidad jurídica de la cosa* es que, debe *estar en el comercio*, ya que hay cosas que aunque existan en la naturaleza quedan excluidas del comercio ya por su naturaleza o bien por disposición legal, produciendo por tanto la inexistencia.

Los artículos 747 a 749 del Código Civil Federal, respectivamente establecen:

Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Debido al criterio de la naturaleza, están fuera del comercio todas aquellas cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, ya que son comunes a todas las personas, quedan aquí comprendidos todos aquellos bienes sobre los cuales no haya exclusividad de un sujeto o sujetos. Por ejemplo el aire, la luz

del sol o de la luna, el mar. Conforme al criterio de la disposición de ley, están fuera del comercio todas aquellas cosas que la ley declara irreductibles a la propiedad privada. Los bienes del dominio originario de la nación, así como los bienes públicos del dominio público, no son susceptibles de propiedad de los particulares.

5.3.2.2. La posibilidad del hecho.

El hecho también tiene que ser posible física y jurídicamente. “La prestación de hecho implica que el objeto del contrato sea posible (*impossibilium nulla obligatio*). La prestación de hecho supone el que pueda realizarse desde el plano físico, como desde lo jurídico. Las prestaciones de hecho físicamente imposible, no pueden integrar el objeto de la obligación, se entiende que debe ser una imposibilidad absoluta, es decir, imposible de ser ejecutada por todos y no sólo por el deudor, y ser anterior a la conclusión del contrato.”⁸³

El hecho será físicamente posible, si es susceptible de realizarse por los seres humanos; es decir, todos aquellos hechos que racional y fácticamente puedan ser ejecutados por el ser humano; así, el volar, el recorrer caminando toda la república en un día, serían hechos físicamente imposibles; en cambio, *será hecho jurídicamente posible*, todo aquel respecto al cual, la ley no establezca un obstáculo insalvable para su realización; es decir, la posibilidad jurídica del hecho, se refiere a aquello que legalmente no puede ser burlado por los sujetos ya que de pretender burlarlo, el derecho no le conferirá ningún efecto jurídico, ni aun con carácter provisional. Sobre el hecho jurídicamente imposible Planiol y Ripert precisan que “*a lo imposible nadie está obligado [...] la imposibilidad que anula las obligaciones convencionales debe ser absoluta e invencible*”.⁸⁴ Por ende, *será jurídicamente imposible*, cuando aunque físicamente fuesen ejecutables, el derecho impone un obstáculo insuperable para su ejecución; es decir, que no se puede superar por la voluntad de las partes. Por ejemplo, físicamente sería imposible obligar a un ser humano a que vuele por sí o; nadar sin parar todo el océano pacífico; o dejar de comer o de beber durante un mes, el matrimonio entre homosexuales,⁸⁵ o como –nos propone Bejarano Sánchez– sería un hecho jurídicamente imposible someterse a la esclavitud; aceptar a otro como amo. O como abstención: comprometerme a no transmitir todos mis bienes a ninguna persona ni institución al ocurrir mi muerte.⁸⁶ Un hecho delictuoso como la “*venta de niños*”, es evidente que “no existe en tales casos compraventa alguna, no solamente

⁸³ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 88

⁸⁴ PLANIOL, Marcel & Ripert, Georges. *Derecho Civil*, (Traductor. Péreznieta Castro, Leonel.), OXFORD, México, 1999, p. 829

⁸⁵ El matrimonio se considera como una unión monogámica en la mayoría de las entidades federativas mexicanas, al menos hasta el día de hoy, así, el matrimonio entre personas del mismo sexo constituye un hecho jurídicamente imposible. No se le otorgarían efectos jurídicos ni de carácter provisional; simplemente no existiría ni se le daría efecto jurídico alguno como matrimonio, al hecho que se hubiere suscitado contraviniendo ese obstáculo legal.

⁸⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 64

porque los niños no son cosas, sino también porque, aún en el inaceptable supuesto de que lo fueren, la ley no los considera en el comercio. Como segundo ejemplo, de la falta de hecho que pueda ser materia del contrato, volvemos a referirnos al “*contrato para la consumación de un delito*”.⁸⁷

En cuanto al hecho como objeto del contrato debemos distinguir el hecho jurídicamente imposible y el hecho ilícito. *El hecho como objeto ilícito* es cosa distinta del *hecho como objeto imposible jurídicamente*, el primero es un elemento de validez y el segundo de existencia; podríamos decir que en cierta forma, el objeto jurídicamente imposible entraña una ilicitud pero en grado superlativo, a grado tal, que la ley sanciona negando efectos aún provisionales; sin embargo, ante un acto cuyo objeto es simplemente ilícito, la ley le confiere efectos provisionales que serían destruidos con la sentencia de nulidad. El hecho simplemente ilícito es jurídicamente posible, pero está prohibido: es “*lo factible vedado*”⁸⁸ por contrariar las normas de orden público y las buenas costumbres, existe pero está afectado de nulidad; el hecho jurídicamente imposible, ni siquiera llega a existir.

5.3.3. La solemnidad.

En el derecho romano preclásico, la negociación se caracterizaba por el exagerado ritualismo; casi todos los actos jurídicos eran solemnes, pues, requerían emplear *frases especiales* sin las cuales no se perfeccionaban los actos jurídicos; por ejemplo, el caso de la *stipulatio*⁸⁹ como contrato verbis; o *recurrir a ciertos ritos o ceremonias o la intervención de ciertos funcionarios*, sin los cuales tampoco se conformaban los negocios, por ejemplo, los negocios *per aes et libram*,⁹⁰ en la que se requerían de cinco testigos; del libripens quien pesaba y portaba la balanza; de la vara de bronce; y del Pontifex. A partir de la época clásica va cobrando importancia el consensualismo, se empieza a dar flexibilidad para ciertos negocios, sin que, desde luego, desaparezcan los actos solemnes. En el derecho posclásico los contratos más frecuentes eran consensuales, como la *locatio conductio*⁹¹ (operarum, operis, rei,⁹²), *emptio venditio*, el mandato, la sociedad, por ejemplo, otro aspecto todavía importante lo tenían los *contratos litteris* que sin llegar a ser solemnes se

⁸⁷ AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 34

⁸⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 65

⁸⁹ “La stipulatio, como la obligación verbis, en la que se encuadra, se fundamenta en la pronunciación de los verba de la interrogatio y de la responsio. ¿Prometes darme ciento? Prometo. GARCÍA GARRIDO, Manuel, Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 331

⁹⁰ Testamento de testis (testigo) y mens (memoria). Muchos romanistas han sostenido como hechos presumibles del testamento per aes et libram: 1º que era requisito del testamento per aes et libram el que se lo otorgase con la intervención del pueblo y 2º que el pueblo actúa como testigo. LETELIER, Valentín, *Génesis del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, p. 277.

⁹¹ SERRANO VICENTE, Martín, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tébar, S.L., Madrid, 2007, p. 116

⁹² GIMÉNEZ BARRIOCANAL, *La actividad económica en el Derecho Romano*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003, p. 361

perfeccionaban cuando se hacían por escrito, encontrándose dentro de ellos a los *síngrafos* y los *quirógrafos*,⁹³ y todavía aunque en menor número encontrábamos a los actos solemnes, como la *adoptio*, *adrogatio*, el matrimonio, y el testamento.

En nuestro actual derecho mexicano tenemos un escenario totalmente inverso, los actos consensuales son la gran mayoría; los actos meramente formales son la excepción, pero encontramos varios actos entre los cuales podríamos mencionar el contrato preparatorio, la compraventa o permuta o donación de inmuebles, el arrendamiento, el mandato, el poder, las sociedades y asociaciones civiles, las sociedades mercantiles, por ejemplo; pero aún de manera excepcionalísima, a ciertos actos jurídicos de impacto social, sobretudo en el campo del derecho familiar, el legislador ha querido conservarles ese carácter de actos solemnes, donde la forma juega una esencial importancia, se tiene como elemento constitutivo, sin la cual el acto jurídico simplemente no existe.

La solemnidad como tercer elemento esencial, se presenta excepcionalmente pero *¿es la solemnidad realmente un elemento esencial?*

Hay quienes consideran que la solemnidad no es un elemento esencial, y parten del artículo 1794 del Código Civil Federal que establece: "*Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato*". Y entonces, del mero tenor literal, derivan que, como el aludido artículo no reconoce a la solemnidad como elemento esencial, y simplemente concluyen que no lo es. Aunque también, precisan que el mismo dispositivo, sólo se refiere a los *elementos del contrato*, y no a los de los elementos existenciales de los actos jurídicos como figura genérica; por lo que, no descartan que exista la solemnidad pero como elemento esencial para algunos actos jurídicos, excluyéndose ésta, de los contratos. Entre quienes afirman que no existen los contratos solemnes tenemos a Manuel Bejarano Sánchez y Javier Martínez Alarcón, "*la solemnidad no se incluye como elemento esencial de los contratos, pero sí se contempla cuando se refiere al acto jurídico*." ⁹⁴ Por ello que no aparezca en la ley la solemnidad como elemento constitutivo del contrato; pero sí para otros actos jurídicos diversos al contrato. No obstante, por nuestra parte, consideramos que resulta incompleto el artículo de referencia, ya que el matrimonio cabe perfectamente en la categoría de los contratos, Gutiérrez y González estima que "*el contrato sui generis de matrimonio es considerado como contrato solemne*."⁹⁵ Y por lo tanto, al caber el matrimonio en la extensión del contrato, queda evidente que sí existen contratos solemnes, por ello es que, además de los dos elementos ya previstos, debe contenerse también el de la solemnidad.

⁹³ HEINECCIO, Juan, *Elementos de Derecho Romano*, Imprenta de Don Eusebio Aguado, Madrid, 1936, p. 240

⁹⁴ MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, *Teoría General de las Obligaciones*, OXFORD, México, 2000, p. 42

⁹⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., pp. 243 y 312.

En conclusión, la solemnidad es una forma constitutiva, y en el derecho mexicano existen actos jurídicos solemnes, al respecto –escribe Sanromán Aranda–, “muchos pueden ser los puntos de vista que aporten la doctrina en torno a la solemnidad; pero todos coinciden que es un elemento esencial para el acto jurídico a celebrarse. A pesar de que la solemnidad ha sufrido cambios, debido a que anteriormente se exigían fórmulas sacramentales, o maneras muy especiales para realizarse, se considera un elemento indispensable, sin el cual ciertos actos jurídicos no podrían existir.”⁹⁶

¿Es la solemnidad distinta a la forma?

Se utilizan inadecuadamente los términos de solemnidad y formalidad; por ejemplo el legislador federal incurre en esa imprecisión en el artículo 2776 del Código Civil que establece: “*El contrato de renta vitalicia debe hacerse por escrito, y en escritura pública, cuando los bienes cuya propiedad se transfiere deban enajenarse con esa solemnidad.*” La parte final del transcrito artículo emplea la palabra solemnidad, cuando lo correcto sería el empleo de formalidad.

Sin embargo, cuando se trata el tema en lo específico, el propio Código Civil Federal establece una distinción entre la solemnidad y la forma. Ricardo Treviño subraya ésta situación: “El Código Civil Federal [...] indirectamente hace mención a dicho elemento en el artículo 2228 que se refiere a las causas que producen la nulidad, al estatuir: “*la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes [...]*”, lo que significa que si se reconoce la existencia de la solemnidad, como un requisito diferente al requisito de forma.”⁹⁷ Así, el Código Civil vigente al ser el primero que hace distinción entre inexistencia y nulidad, y considera por ende, a los actos *ad solemnitatem causa* para distinguirlos en cuanto a sus consecuencias jurídicas de los actos *ad probationem causa*. El Código Civil anterior, no hacía tal distinción pues los consideraba idénticos.⁹⁸

La anterior disposición se refiere a todos los elementos de validez cuya inobservancia producen la nulidad relativa; pero hace el deslinde en el sentido de *que no se trate de actos solemnes*; quedando así la solemnidad como no incluida en la categoría que engloba a los actos que engendran la nulidad relativa.

Sobre el concepto de solemnidad Gutiérrez y González precisa que “*la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto*”.⁹⁹ Manuel Borja

⁹⁶ SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones, op. cit.*, p. 33

⁹⁷ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones, op. cit.*, p. 77

⁹⁸ “En el código de 1884 formalidad y solemnidad son términos sinónimos.” LICONA VITE, Cecilia, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, op. cit.*, p.314

Soriano escribe: “Se designa con el nombre de contratos solemnes a aquellos que la ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia del contrato. El consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos, como de todos los otros, pero no basta: no tiene valor alguno a los ojos de la ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella”.¹⁰⁰ Lázaro Tenorio considera que algunos actos jurídicos para su constitución o existencia precisan de una formalidad especial sin la cual no tienen vida jurídica.¹⁰¹ Según Sanromán Aranda la solemnidad “es aquella en la que se emplean términos ceremoniosos, o cuando se realiza el acto ante un funcionario público.”¹⁰²

La solemnidad es considerada como una forma constitutiva, llamada por la doctrina *ad solemnitatem causa*, tienen una forma solemne,¹⁰³ no es un simple medio probatorio, su inobservancia provoca la inexistencia del acto jurídico. Boris Kosolchyk perfectamente hace la distinción entre *ad solemnitatem* y *ad probationem*; la forma *ad solemnitatem* es una forma constitutiva vgr. El matrimonio; la forma *ad probationem* no es constitutiva, sino meramente declarativa y sirve para demostrar el contrato, aunque puede probarse por otros medios. Vgr. La compraventa.¹⁰⁴ De lo anterior tenemos que, los actos jurídicos *ad solemnitatem causa*, son aquellos en los que la forma es un elemento constitutivo del acto jurídico, de no cubrirse se obtiene la inexistencia; en cambio, los actos jurídicos *ad probationem causa*, la forma es un simple elemento probatorio, cuya inobservancia engendra en el derecho mexicano, la nulidad relativa y por ende subsanable.

5.3.3.1. Características de la solemnidad como forma constitutiva.

De los anteriores conceptos podemos advertir que la solemnidad es considerada como una forma: Gutiérrez y González la expresa como un conjunto de elementos externos; Borja Soriano y Lázaro Tenorio de manera expresa la consideran como una forma, consideran que la solemnidad es una especie de forma, pero no es la simple forma, es una forma especial que de no observarse origina la inexistencia (Borja Soriano); entonces, como se exige para la existencia del acto (Gutiérrez y González) sería una forma constitutiva. Así podemos concluir que *cuando para la constitución del acto jurídico la ley requiera elementos externos tales como el pronunciamiento de frases sacramentales, y/o prácticas rituales y/o de la intervención de un funcionario que sancione el acto jurídico, estaremos en presencia de una solemnidad*. Así, la solemnidad no será una simple forma, sino que va más allá de esta; la simple falta de forma engendra la nulidad; la solemnidad engendra la inexistencia, por tanto, es una forma constitutiva.

¹⁰⁰ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, PORRÚA, México, 2001 p. 188

¹⁰¹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 216

¹⁰² SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 31

¹⁰³ GHERSI, Carlos Alberto, *Problemática moderna: Nulidades contractuales y cláusulas abusivas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, p. 151

¹⁰⁴ KOSOLCHYK, Boris, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 228

En cuanto a las características de la solemnidad basándonos en las ideas de Jorge Alfredo Domínguez quien señala: “La caracterización de la solemnidad como elemento esencial del negocio jurídico suele fundarse en las afirmaciones siguientes:”¹⁰⁵

- Es un del elemento esencial formal (la llamada forma constitutiva);
- Es ocasional, ya que su participación es indispensable sólo en aquellos actos jurídicos que la ley la exige;
- Implica una serie de formalidades indispensables que son requeridas para la estructura del acto jurídico considerado solemne por la ley;
- Generalmente deben otorgarse por escrito;
- En el derecho mexicano generalmente requiere de la intervención del funcionario público señalado por la ley para cada caso; aunque también puede serlo por el empleo de palabras sacramentales o ritos.
- La falta de observancia de las formalidades constitutivas legalmente impuestas, trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico.

Los actos que en el derecho mexicano son solemnes, en su mayoría lo son atendiendo a la exigencia legal de intervención de un funcionario que sancione el acto. El matrimonio sólo existe si cumplidos los demás elementos esenciales, se celebra ante los funcionarios que la ley establece.¹⁰⁶ El celebrado ante cualquier otro funcionario que no sea de los establecidos por la ley, simplemente no existe como matrimonio. Una adopción sólo existe cuando causa ejecutoria la sentencia que la autoriza; lo que implica, primero, el rito procesal, y luego la intervención de un funcionario: el juez, sólo éste puede autorizarla. Una adopción decretada por otra persona o funcionario que no es el juez, *–amén del hecho ilícito que constituye–*, simplemente no existe como adopción,¹⁰⁷ por no haberse cumplido con la solemnidad. En el derecho español Manuel Albadalejo pone como ejemplo de acto solemne a la adopción, un caso de inexistencia por solemnidad cuando la adopción se produce por la mera declaración de palabra entre el adoptante y el padre del adoptado.¹⁰⁸

¹⁰⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1994, p. 554

¹⁰⁶ El artículo 146 del Código Civil Federal señala: El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

¹⁰⁷ Los artículos 399 y 400 del Código Civil Federal respectivamente establecen: Artículo 399.- El procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles. Artículo 400.- Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción, quedará ésta consumada.

¹⁰⁸ Como los efectos proceden del negocio, no se verifican cuando realmente no lo hay, sino que existe, a lo más, sólo una apariencia del negocio o este es incompleto. Por ejemplo: adopción por simple declaración verbal del adoptante al padre del adoptado, compraventa sin aceptación, con solo oferta, comodato sin *datio rei*. ALBADALEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 396 y 397.

Hoy en día subsisten los actos solemnes, aunque realmente son muy pocos, normalmente cuando estamos en presencia de ellos son actos de trascendencia para la sociedad, la mayoría pertenecen al derecho familiar: matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción,¹⁰⁹ divorcio, testamento, legitimación, por ejemplo.

5.4. La inexistencia y sus características.

La inexistencia del acto jurídico se actualiza cuando falta cualquiera de los anteriormente señalados como elementos esenciales; así, si no hay solemnidad –*si es que estamos ante un acto solemne*–; si no hay objeto física ni jurídicamente posible, y cuando falta la voluntad o el consentimiento, de manera respectiva, según estemos ante un acto jurídico unilateral o ante el caso de los convenios. La inexistencia tiene las siguientes características:

- No produce efecto legal alguno, pues se considera que es la nada jurídica.
- Puede invocarla todo interesado, por ende, todo aquel a quien se oponga un acto inexistente –precisa Rojina Villegas– “tiene un interés jurídico para invocar la inexistencia y pedir que no surta efectos aquel acto. Se requiere que haya interés jurídico para invocar la inexistencia. Porque no cualquiera a quien no lesione el acto inexistente, está facultado para invocarla.”¹¹⁰
- No se puede confirmar, convalidar o ratificar, “no puede ser convalidado por ratificación expresa o tácita. La ratificación, en sentido jurídico, significa que cuando un acto está viciado, las partes pueden confirmarlo, renunciando a la acción para que produzca efectos desde que se celebró y no desde que se ratificó. Es la finalidad de la ratificación. Si la finalidad fuera que el acto produjera sus efectos a partir del momento de la ratificación, bastaría con otorgar un nuevo acto y no se alcanzaría la utilidad que desde el punto de vista jurídico existe al convalidar retroactivamente... En la inexistencia no puede haber ratificación, primero porque no se trata de un vicio; después, porque no puede ratificarse la nada; en tercer lugar, porque tampoco podrá lograrse el efecto retroactivo, supuesto que si el acto es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que aquel acto inexistente produjo efectos cuando era inexistente.”¹¹¹
- No es prescriptible. La razón de ello, precisa Rojina Villegas es que “el tiempo no puede convalidar el acto jurídico inexistente por una razón obvia; si el acto no es, desde el punto de vista jurídico, capaz de producir efectos; sino

¹⁰⁹ “– el matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción–”. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 77; “adopción, legitimación, matrimonio, etc., BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, op. cit., p. 66

¹¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, op. cit., p. 123

¹¹¹ *Idem*.

existe tal acto jurídico, si es la nada, entonces el tiempo no puede convertir la nada en acto jurídico.”¹¹²

- Opera ipso iure, por lo que no requiere declaración judicial, no es necesario que se declare su inexistencia, la inexistencia es anterior a toda declaración sólo que si se promueve una controversia entre particulares sobre si existe o no el acto jurídico, la intervención del juez será en todo caso para reconocer la inexistencia en razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo.¹¹³
- Por último, el acto jurídico inexistente es inconfirmable; no puede ser convalidado por ratificación expresa o tácita. La ratificación, en sentido jurídico, significa que cuando un acto está viciado, las partes pueden confirmarlo, renunciando a la acción para que produzca efectos desde que se celebró y no desde que se ratificó. Es la finalidad de la ratificación. Si la finalidad fuera que el acto produjera sus efectos a partir del momento de la ratificación, bastaría con otorgar un nuevo acto y no se alcanzaría la utilidad que desde el punto de vista jurídico existe al convalidar retroactivamente, pero esto no aplica a la inexistencia, inexistencia y nulidad son categorías distintas, por ello es que lo inexistente no se pueda confirmar, ni por ende convalidar.

5.5. Los elementos de validez.

5.5.1 Antecedentes.

El Código Civil de 1884 no establecía diferencias entre inexistencia y nulidad. Sólo se hacía referencia a los requisitos de validez; en efecto, las condiciones para la validez de los contratos en el Código de 1884; y su inobservancia conducía a la nulidad. Las condiciones para la validez de los contratos en el Código de 1884 eran:

- La capacidad de los contratantes (artículos 1279, fracción I, 1282, 1283 y 1284;
- El mutuo consentimiento (artículos 1279, fracción II, y 1286 a 1295);
- La ausencia de vicios en el consentimiento (artículos 1295 a 1303);
- La licitud en el objeto materia del contrato, comprendiéndose dentro de ese concepto, no sólo al objeto lícito, sino también a la posibilidad física y jurídica (artículos 1279, fracción III, 1280 y 1304 a 1306);
- Forma, en los casos en que la ley la exija (artículos 1279, fracción IV, 1322 y 1323);
- La causa legal (artículo 1281), y
- La posibilidad física y jurídica de la condición que se imponga en el contrato (este requisito está comprendido en el artículo 1354, ubicado en el capítulo II, “De las obligaciones puras y condicionales”, del título segundo “De las diferentes especies de obligaciones”, del libro tercero.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones, op. cit.*, p. 77

La inobservancia de alguno de ellos constituye la nulidad, lo que ahora se ha llamado la existencia imperfecta de los actos jurídicos; esto es, cuando sean satisfechos los requisitos esenciales pero no los de validez “puede acaecer que aun existiendo el acto, no logre la plena realización de los efectos jurídicos a que se encontraba destinado, porque la ley exija el cumplimiento de ciertos requisitos de validez.”¹¹⁴ En suma, La falta de cualquiera de ellas, la consecuencia era que el contrato es nulo.¹¹⁵

En dicho Código, los elementos que hoy en día son considerados como elementos esenciales del contrato, se encontraban como condiciones de validez; se contenía el mutuo consentimiento; la posibilidad física y jurídica del objeto, pero también de la condición; pero no hay referencia alguna a la solemnidad; sólo de la forma. Además, es de precisar que dicho Código, contemplaba también a la causa como condición de validez, situación ésta, que no prevalece en el actual Código Civil.

Por otra parte, –precisa Cecilia Licona– en el capítulo II: “De la nulidad de las obligaciones” del título V: “De la rescisión y nulidad de las obligaciones”, del libro tercero “De los contratos”, la regulación de la nulidad se constriñe a cuatro supuestos: 1) La falta de capacidad; 2) vicios del consentimiento; 3) ilicitud en el objeto, y 4) falta de forma. Se preguntará ¿y la falta de consentimiento?, ¿y la falta de causa legal?, ¿y la falta de condición posible?¹¹⁶ Desde luego, que la falta de consentimiento, la falta de objeto posible, la falta de condición posible, como la falta de la causa, engendraban la nulidad, habida cuenta que en el Código de 1884, ni se conocía el concepto de inexistencia, mucho menos sus consecuencias legales.

Del Código Civil vigente de 1921, tenemos las causas por las que el contrato puede ser invalidado. En efecto, el artículo 1795 del mismo ordenamiento establece: “El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. Numeral del que interpretado a contrario sensu, obtenemos que los elementos de validez¹¹⁷ del contrato son: **la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en manifestación de la voluntad, licitud en el objeto, y la formalidad;**¹¹⁸ por tanto, para la existencia perfecta del contrato; esto es, que el contrato sea válido, se requiere que: las partes

¹¹⁴ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, op. cit., p. 3

¹¹⁵ LICONA VITE, Cecilia, op. cit., p. 161

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 162

¹¹⁷ Para la Real Academia Española, “validez, cualidad de válido; válido proviene del latín validus, que significa firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 2266

¹¹⁸ CABALLERO LEAL, José Luis, *Derecho de Autor para autores*, Fondo de Cultura Económico, México, 2004, p. 22

que lo celebran sean capaces; que la voluntad de las partes no esté viciada; que el objeto sea lícito, y por último, que el consentimiento se externe en la forma que la ley establece.

5.5.2. El Primer elemento de validez. La forma legal. (Formalidad)

Para la Real Academia Española, la palabra “*forma*”, emana del latín *forma*, que significa configuración externa de algo.¹¹⁹ Jurídicamente, la forma, es la manera conforme a la cual debe externarse o manifestarse la voluntad, tratándose de actos jurídicos unilaterales; o el consentimiento, en tratándose de las convenciones o de los contratos; para la validez de los mismos. Conforme a la fracción IV, del artículo 1795 del Código Civil Federal y su correlativo 1282, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, concluimos que para la validez del contrato, entre otros requisitos, el consentimiento debe externarse en la forma que la ley establece.

La equiparación que hace Von Ihering – citado por Bejarano Sánchez¹²⁰ –, entre los actos jurídicos y la moneda, cuando expresa: “*La forma es, para los actos jurídicos, lo que la acuñación para la moneda*”. Ernesto Gutiérrez y González, define a la forma como “*la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley*”.¹²¹ En ésta dirección la concibe José Antonio Márquez González quien nos señala que “Por forma debe entenderse el medio empleado para manifestar la voluntad encaminada a la producción de obligaciones... el Código establece para cada contrato la forma (formalidad) que debe revestir el consentimiento.”¹²²

5.5.2.1 Formas de externar la voluntad.

Las formas en que se puede externar la voluntad; hablamos fundamentalmente de dos: *la expresa y la tácita*. Algunos autores señalan además **el silencio**; es expresa si se manifiesta verbalmente, por escrito, medios electrónicos, ópticos, manuales, mecánicos¹²³ u otros análogos, o bien por signos inequívocos; es tácita, si la voluntad resulta de hechos o actos que autoricen a presuponerla.

Quienes reflexionan que el silencio es una manera de externar la voluntad, se apoyan en el caso del contrato de mandato regulado por el artículo 2547 del Código Civil Federal que señala: [...] *El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio*

¹¹⁹ Para la Real Academia Española, forma emana del latín *forma*, que significa configuración externa de algo. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 1076

¹²⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, op. cit., p. 67

¹²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 319

¹²² MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, op. cit., p. 4

¹²³ CASTILLO FREYRE, Mario, et al, *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol. XX. Tomo I, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 383

de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.” Empero, Ernesto Gutiérrez y González, claramente explica que, el silencio producirá efectos de aceptación y engendrará el consentimiento, sólo cuando la ley así lo determina,¹²⁴ así, que no es el silencio, sino la ley, la que confiere consecuencias jurídicas en situaciones específicas al silencio.¹²⁵ En suma, el silencio por sí mismo no puede ser considerado como una manifestación de voluntad, sólo que sea la ley quien le atribuya determinadas consecuencias jurídicas al silencio.

5.5.2.2. Consensualismo y formalismo.

Como posturas relativas a la forma tenemos *“el consensualismo” por un lado; y “el formalismo” por la otra.*

“El consensualismo tiene su origen en la evolución del derecho canónico. La Iglesia, desde sus comienzos se manifestó favorable al respeto de la palabra dada ... en el campo de los contratos, da paso a que el hombre, en cuanto a individuo aislado, libre, con capacidad de disponer de su persona y de sus bienes, se convierte en sujeto de derecho. El individualismo se expresa, sobre todo, por la autonomía de la voluntad”¹²⁶ El consensualismo proclama la existencia y validez del acto jurídico, por el mero acuerdo de las voluntades, sin necesitar que éstas se plasmen en documento alguno; basta el solo consentimiento para que el contrato se perfeccione y surta efectos jurídicos plenos.

En cambio, la postura formalista no parte de la simple voluntad, “busca siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento, de tal manera que el acto no exista, o no valga o no surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa de externar la voluntad que debe marcar la ley.”¹²⁷ La forma exige que el contrato se otorgue mediante la escritura cuya falta lleva a la declaración de la nulidad de los mismos.¹²⁸

En virtud de lo anterior, por un extremo tenemos la preocupación del legislador por “la seguridad jurídica”; y por otro, el problema de la “celeridad jurídica”. No es que radicalmente sean antagónicas: “o celeridad jurídica pero con más o menos inseguridad jurídica; o seguridad jurídica y consecuente lentitud”.¹²⁹ Debe buscarse el equilibrio, por ello el legislador trata de conjugar dichos principios:

¹²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 320

¹²⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, op. cit., p. 48

¹²⁶ OCHOA G, Oscar, E., *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 109

¹²⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 322

¹²⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 167

¹²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 321.

dar celeridad a las operaciones, sin perder la seguridad jurídica.¹³⁰ El consensualismo favorece la celeridad jurídica; el formalismo, la seguridad jurídica.

En este orden de ideas, la legislación civil mexicana establece como regla general el consensualismo conforme al artículo 1832 del Código Civil Federal y su correlativo¹³¹⁹ de la Ley sustantiva civil para el Estado de Guanajuato; y, excepcionalmente el formalismo en base a lo que dispone el artículo 1283 del Código Civil Federal.¹³¹

5.5.2.3. La ratio iuris de la formalidad.

¿Qué valores jurídicos se protegen con la formalidad?, ¿Cuál es la ratio iuris de la formalidad? Los contratos para los cuales el legislador consideró que no bastaba el mero consentimiento, y por ende, debían ser formales, esto es, que para la validez de los mismos consideró insuficiente el simple consentimiento, fue para dotarles de una *certeza y seguridad jurídica*, por lo que éstas vienen a ser la razón de su existencia. Dar *certeza y seguridad jurídica* a las negociaciones.

¿Pueden las partes convenir que un contrato consensual, por mérito del acuerdo de voluntades deba ser formal? Baudry-Lacantinerie, está por la afirmativa;¹³² también Jorge Mosset considera que la formalidad del contrato “puede provenir de un precepto o bien del acuerdo de partes al respecto. Las partes pueden volver formales a negocios que por ley no lo son, en uso de la autonomía de la voluntad [...] Pero no podrían, en cambio, dejar del lado las solemnidades dispuestas por el legislador, ad substantiam, por estar de por medio un interés público. Para que la forma prescrita por las partes actúe como condición de validez del contrato, debe claramente expresarse el acuerdo en tal sentido.”¹³³ Ghersi también estima que las formalidades pueden imponerse legal o convencionalmente.¹³⁴ Sin embargo, Gutiérrez y González estima que la voluntad contractual no puede crear formas solemnes ni probatorias, ya que tanto unas como otras están señaladas por la ley atendiendo al orden público; sin embargo, considera que, si la naturaleza del acto lo permite, pueden establecerse determinadas formas a seguir, pero no como elementos de existencia o de validez, sino como requisitos de eficacia, por ejemplo, cuando se pacta que para dejar fehaciente una oferta y aceptación, se acuda a un juez en vía de jurisdicción voluntaria para dejar constancia de dicha intención, previo de acudir con el Notario Público, al otorgamiento del contrato.¹³⁵

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ El primero de ellos, prescribe: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”. El segundo: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley...”

¹³² BAUDRY-LACANTINERIE, G, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. T. XII. No. 22, en GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 326

¹³³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 223 y 224.

¹³⁴ GHERSI, Carlos Alberto, *Problemática moderna*:... op. cit., p. 151

¹³⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 326

Qué pasaría ante la hipótesis de que en un contrato preparatorio de compraventa de un piano, además de los requisitos especiales de existencia y de validez que la ley señala para este contrato en específico, las partes convinieran pactando que para la validez del contrato definitivo, sólo fuera considerada ésta cuando el definitivo se hiciera constar en escritura pública. *¿Sería esto jurídicamente posible? ¿Sería Válida ésta cláusula?* Estimamos que sí por lo siguiente: si la ratio iuris de la formalidad es dar certeza y seguridad jurídica a las partes, entonces no debería ser impedimento el que por acuerdo de voluntades se pueden establecer determinadas formas a seguir, ya que primero, no está prohibido, ni por la esencia jurídica de ésta obligación pudiéramos derivar jurídicamente una limitante; por el contrario, sería una mayor protección o blindaje a la manifestación de voluntad, lo cual no es ilegal por no estar prohibido; después, a diferencia de lo que expresa Gutiérrez y González, no consideramos que la formalidad haya sido creada por el legislador mexicano para tutelar el interés público, si así fuera, entonces las consecuencias para éste tipo de inobservancias sería el que estarían afectadas de nulidad absoluta, ni tampoco se permitiría la confirmación del acto, situación ésta que en la legislación mexicana no acontece; más bien, con la forma se tutelan intereses particulares, pero no públicos, por ello que sea relativa esta nulidad, y por ende subsanable el acto o contrato, a través de la confirmación, y también la prescripción de la acción de éste tipo de nulidad. Sin embargo, no podría ser a la inversa; es decir, los contratos que conforme a la ley son formales, no pueden convertirse en consensuales por acuerdo de las partes, porque en éste caso, si se estarían contraviniendo a la ley. Verbigracia, no podríamos válidamente pactar en un contrato preparatorio de compraventa de inmuebles que las partes deciden que para la validez del definitivo, sea suficiente que se celebre por escrito, ya que, a pesar de esa disposición contractual, la validez de una compraventa de inmuebles deberá hacerse constar el respectivo contrato en escritura pública.

5.5.2.4. Clasificación de los contratos por su forma.

Atendiendo a su forma, podemos hacer la clasificación de los contratos de la siguiente manera:

- Consensuales. Llamados también consensuales en oposición a formales, se está en presencia de ellos, cuando el contrato se perfecciona y surte sus efectos por el solo acuerdo de voluntades. Es la generalidad de los contratos, ya que según se explicaba, la regla general es que haya consentimiento del modo que sea, expreso o tácito.
- Formales. Llamados Ad probationem, estamos ante ellos cuando no basta la mera voluntad de las partes, sino que por exigencia de la ley, esta voluntad debe externarse bajo cierta forma que ella dispone, so pena de nulidad del

acto. Estos actos quedan como la excepción, sólo para aquellos que la ley así lo exija.

- Solemnes. Conocidos como “*ad substantiam*” o “*ad solemnitatem*”, y nos ubicamos ante éstos cuando para la constitución del contrato, la voluntad de las partes debe externarse, en la forma solemne prevista en la ley; esto es, ante la persona autorizada por la ley y/o externando las frases sacramentales, y/o realizando los ritos prescritos por la ley.

5.5.2.5. La forma general y la forma especial

Otra manera de entender la forma: la forma general y la forma especial. En base a la pregunta *¿todos los contratos tienen forma?* o sólo algunos la tienen.

De lo anterior tenemos lo siguiente: para la validez del convenio, el consentimiento debe darse de la forma exigida por la ley; por tanto, al ser la forma un elemento de validez, todo acto jurídico necesariamente debe tener forma; resultaría inadmisibles sostener por tanto, que sólo unos actos la tienen y otros no, ya que absolutamente todos los actos deben tenerla, so pena de invalidez. Así tenemos que, en cuanto a la validez, la forma puede ser de dos tipos:

La forma general (consensuales en oposición a formales).- Cuando la ley no señale un modo especial para externar la voluntad, bastará que haya consentimiento, sea del modo que fuere (tácito, verbal, escrito privado, público, etcétera). Ejemplos: Compraventa de bienes muebles (1814); permuta de bienes muebles (1826 y 1814); donación de ciertos bienes muebles (1838); mutuo (1319 y 1283); comodato (1826 y 1814); depósito (1826 y 1814); mandato cuyo interés no exceda de 20 centavos (2068 in fine); prestación de servicios (1826 y 1814); juego y apuesta (1826 y 1814); ciertas transacciones (1838). Todos estos dispositivos lo son del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

La forma especial (formales en oposición a consensuales).- Cuando para la validez del acto, la ley exige que el consentimiento se externe del modo que la ley señala. No es suficiente el que haya consentimiento, sino que es menester que este se exprese de la manera que la ley exige. Ejemplos: Contrato preparatorio, debe celebrarse por escrito (1738-III); compraventa de inmuebles (1815); permuta de inmuebles (1826 y 1815); donación de ciertos bienes muebles (1839) y de inmuebles (1840, 1815); arrendamiento (1808); mandato general (2006); mandato judicial (2099); asociación civil (2190); sociedad civil (2208); renta vitalicia (2269); prenda (2355); hipoteca (2389); transacción (1438). Todas las disposiciones señaladas en éste párrafo, corresponden al Código Civil para el Estado de Guanajuato

Conforme al artículo 2228¹³⁶ del Código Civil Federal y su correlativo 1719 de la ley civil guanajuatense, la sanción por falta de forma es la nulidad relativa del acto jurídico. El acto afectado de nulidad relativa, produce efectos como válido, mientras no se declare su nulidad en sentencia ejecutoria. La nulidad por falta de forma puede ejercitarse vía acción, u oponerse vía excepción por quienes tengan interés jurídico.¹³⁷

- a) La acción pro-forma.- El artículo 1833 del Código Civil Federal y su correlativo 1320 del Código Civil para el Estado establece: *“Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé al contrato la forma legal.”* El artículo 2232 del Código Civil Federal y su correlativo 1723 de la misma ley guanajuatense ratifica éste principio: *“Cuando la falta de forma produzca la nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitante y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.”*
- b) Excepción de nulidad por falta de forma.- Cuando se pretende que una de las partes de cumplimiento al acto (afectado de nulidad) sin que se haya cumplido con la forma prescrita, el demandado puede oponer la excepción de nulidad del acto.

La acción de nulidad por falta de forma se extingue, y por tanto convalida al acto, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Por la confirmación, dándole la forma omitida (Artículo 2231¹³⁸ del Código Civil Federal y su correlativo 1722 del Código Civil para el Estado de Guanajuato. La confirmación, tiene efectos retroactivos, sin perjuicio de terceros (Artículo 2235¹³⁹ del Código Civil Federal y su correlativo 1726 del Código Civil para el Estado de Guanajuato);
- Por el cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o cualquier otro modo (Artículo 2234 del Código Civil del Distrito Federal y su correlativo 1725 del Código Civil para el Estado de Guanajuato);

¹³⁶ Artículo 2228 del Código Civil Federal.- “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

¹³⁷ Artículo 2229 del Código Civil Federal.- La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados. Así lo refiere Robles Farías: *“La nulidad puede ejercerla como acción o como excepción quien ha sido perjudicado por un acto nulo.”* ROBLES FARIAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011, p. 356

¹³⁸ Artículo 2231 del Código Civil Federal.- La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida.

¹³⁹ La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero.

- Por la prescripción, si no se demanda la nulidad relativa dentro de los plazos que la ley señala.

5.5.2.6. La confirmación. (*Dar la forma omitida*)

Conforme a la Real Academia Española confirmación, deriva del latín *confitmatio, confirmationis*, y ésta a su vez del verbo confirmar, que proviene del latín *confirmāre*, cuyo significados son: **1. Corroborar la verdad, certeza o el grado de probabilidad de algo. 2. Revalidar lo ya aprobado. 3. Asegurar, dar a alguien o algo mayor firmeza o seguridad. 4. Administrar el sacramento de la confirmación. 5. Der. En los contratos o actos jurídicos con vicio subsanable de nulidad, remediar este defecto expresa o tácitamente.**¹⁴⁰ En lo jurídico, las acepciones apropiadas serían la segunda y la quinta, revalidar lo ya aprobado, subsanar el vicio corrigiendo el defecto ya sea de manera expresa o tácita. Según Lázaro Tenorio, en lo jurídico “es utilizada con diversos sinónimos, a saber: corroborar, subsanar, remediar, revalidar, convalidar o ratificar, y se utiliza para hacer del conocimiento que determinado acto que en principio hubiera podido resultar vicioso o defectuoso, se perfecciona y tiene plena validez por parte del o de los sujetos que intervienen en su celebración.”¹⁴¹

Rodrigo Barcia Lehmann define a la confirmación como “un acto jurídico unilateral por el cual el que tiene la facultad de alegar la nulidad relativa renuncia a ella, saneándose los vicios de que adolecía el acto o contrato y allanándose a considerarlo como plenamente válido y eficaz.”¹⁴²

Según Ruggiero la confirmación “es la declaración de aquel a quien corresponde el derecho de impugnación de no querer usar de este derecho; es una renuncia a la facultad de pedir la anulación y como tal es un acto unilateral que se perfecciona solo con la declaración del confirmante.”¹⁴³

La confirmación es un acto jurídico unilateral posterior y está prevista sólo para los actos jurídicos afectados de nulidad relativa, y por ella desaparecen los defectos del acto que tenía motivos para poder ser nulificado,¹⁴⁴ equivale a una renuncia a la acción de nulidad. En el mismo sentido coincide Ruggiero cuando la

¹⁴⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 621

¹⁴¹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, op. cit., p. 225

¹⁴² BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I, Del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 137

¹⁴³ RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 314

¹⁴⁴ LAFERRIERE, Augusto Diego, *Curso de Derecho Notarial*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad Nacional de Litoral, Provincia de Entre Ríos, Santa Fe, 2008, p. 213 y ss

refiere al acto anulable, equiparable al afectado de nulidad relativa, y negándolo para los actos nulos.¹⁴⁵

5.5.2.6.1. Requisitos y características.

Descansando en el análisis que hace Barcia Lehmann, obtenemos los requisitos que se deben satisfacer para que opere la confirmación:¹⁴⁶

a) El acto susceptible de confirmación debe estar afectado de nulidad relativa, pues en el derecho mexicano la absoluta no es susceptible de confirmación.

b) La confirmación debe provenir de quien es parte del acto afectado de nulidad relativa; esto es, de quien tiene derecho a alegar la nulidad relativa.

c) La confirmación debe emanar de quien sea capaz de contratar, o de quien padece el vicio, pues de lo contrario la confirmación también será nula. Los incapaces pueden confirmar autorizados o representados por quienes legalmente los representan.

d) La confirmación debe hacerse en tiempo oportuno, o sea, cuando el vicio ha cesado, nunca deberá ser, por tanto, hecha antes de la celebración del contrato o acto jurídico.

e) La confirmación debe efectuarse con las formalidades legales del acto que se sana.

Basados en la exposición de Lázaro Tenorio y Barcia Lehmann extraemos las características de la confirmación.¹⁴⁷

a) Es un acto jurídico unilateral; pues es sólo resultado de la voluntad de la parte afectada, o de la que omitió la forma prescrita en la ley, y no requiere aceptación de la otra parte.

b) Es un acto jurídico accesorio, ya que es complemento del acto jurídico del que deriva la afectación de nulidad.

c) Procede sólo en tratándose de los actos jurídicos que están afectados de nulidad relativa;

d) Debe ser voluntaria. Tiene que ser el resultado del querer de la parte perjudicada, esto es, de parte del incapaz, del que padece los vicios de la voluntad, o de quien omitió la forma establecida.

e) La manifestación puede ser expresa o tácita; ya que el cumplimiento voluntario expresado en conductas jurídicas como el pago, dación en pago, novación

¹⁴⁵ “El acto anulable, al contrario del nulo, es capaz de confirmación, puede adquirir validez irrevocable; un medio para darles firmeza definitiva es precisamente el transcurso del quinquenio sin ejercitar la acción. El otro es la confirmación.” RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, *op. cit.*, p. 313 y 314

¹⁴⁶ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 138

¹⁴⁷ Cfr. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 225 y 231, También en BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 137 y ss.

u otras, equivalen a una ratificación tácita. Sobre la confirmación tácita, es el cumplimiento o ejecución voluntaria del contrato.¹⁴⁸

f) Es irrevocable. Por lo que una vez hecha la confirmación no puede retractarse el confirmante, a menos que la confirmación se vea envuelta en otra circunstancia que afecte su voluntad emitida en ese nuevo acto accesorio de confirmación.

g) Es un acto de renuncia. Una de las partes puede renunciar a la acción de nulidad relativa, sin embargo, bajo ningún respecto la renuncia puede ser anticipada.

h) Sólo la persona afectada puede confirmar;

i) Produce la convalidación o perfección del acto.

j) Produce efectos relativos. Ya que la confirmación sólo alcanza al que confirma; si existen otros sujetos, la confirmación del acto no les será oponible.

5.5.2.6.2. Efectos jurídicos.

Las consecuencias jurídicas de la confirmación son:¹⁴⁹

a) La confirmación extingue la acción de nulidad relativa del acto jurídico o contrato. Los actos jurídicos inexistentes y los afectados de nulidad absoluta no pueden ser confirmados.

b) Implica una renuncia a la acción de nulidad relativa, no a la absoluta, pues en éste último caso, se atentaría contra el interés público.

c) La confirmación surte efectos retroactivamente, esto es, se retrotrae a la fecha en que se celebró el acto jurídico o contrato, y no a la fecha en que se hace la confirmación, por tanto, se considera la validez del contrato desde su celebración misma.

d) No necesita ninguna aceptación, y una vez que se efectúa es irrevocable. Basta la sola voluntad del confirmante, pero si lo fuera por falta de forma, se debe dar la forma omitida.

e) La confirmación presupone dos elementos: el conocimiento del vicio y la intención de repararlo.

f) Presupone la cesación del vicio o motivo de nulidad. Por ello, la confirmación debe ser posterior a la celebración del contrato afectado de nulidad, nunca a priori, pues sería incongruente.

¹⁴⁸ “Al lado de esta existe la confirmación tácita, la cual consiste en la voluntaria ejecución del negocio por parte de quien tiene derecho a la anulación. No precisa que sea íntegra y completa la ejecución, basta que se haya realizado en su mayor parte; también aquí es necesario **que la tácita manifestación de voluntad no sea dudosa o ambigua** y que a más de libre sea hecha con conocimiento de vicio. Ya sea expresa, ya tácita, la confirmación tiene la virtud de hacer inimpugnable el negocio y definitivos los efectos ya producidos.” RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I *op. cit.*, p.314

¹⁴⁹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 229 y 232

5.5.3. Segundo elemento de validez. La ausencia de vicios en la voluntad

Conforme a la Real Academia Española, “*vicio*” proviene del latín *vittium*, que significa “*mala calidad, defecto o daño físico en las cosas. Falta de rectitud o defecto moral en las acciones. Falsedad, yerro o engaño en lo que se escribe o se propone.*”¹⁵⁰ En el caso de la ciencia jurídica, para la validez de los actos jurídicos, se requiere que la voluntad de las partes no esté dañada, que no sea defectuosa por errores o engaños; esto es, “que no esté viciada”. Conforme a lo anterior, un vicio será cualquier situación que afecta la voluntad libre o a la voluntad cierta, un error, un engaño, una amenaza, un desconocimiento, la inexperiencia, pueden afectar a esa voluntad libre o cierta. La voluntad es pura únicamente cuando se emite libre y conscientemente.¹⁵¹ Así, la voluntad debe ser libre, consciente y con pleno conocimiento de lo que se contrata.

Desde el Derecho romano se consideraban como vicios de la voluntad al error, dolo, mala fe, intimidación y lesión. En nuestro derecho mexicano, *legal y doctrinalmente* se señalan como vicios del consentimiento: el error nulidad, con sus dos modalidades, el dolo y la mala fe; la violencia y la lesión. La voluntad viciada se da cuando la voluntad proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaño (dolo), o arrancada con amenazas (violencia o temor).¹⁵² Actualmente en materia de derecho internacional privado, se tienen como vicios el error, amenaza, dolo y excesiva desproporción.¹⁵³

5.5.3.1. El error.

El error puede definirse como una “*falsa o incompleta consideración de la realidad.*”¹⁵⁴ Lázaro Tenorio lo concibe como “*Una falsa creencia de la realidad; creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero, ya sea de manera total o parcial.*”¹⁵⁵ Según José Luis de la Peza, el error se da “*cuando uno de los contratantes, o ambos, se han formado un concepto equivocado o un juicio falso sobre alguno de los elementos o aspectos importantes del contrato.*”¹⁵⁶

El error es de dos tipos: de derecho y de hecho.

¹⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 2297

¹⁵¹ OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 394

¹⁵² BUSTOS RODRÍGUEZ, María Beatriz, et al. “Vicios”. *Diccionario de Derecho Civil*, OXFORD, México, 2006, p.198

¹⁵³ Los principios de Unidroit contemplan que el contrato se invalida por error, amenaza, dolo y excesiva desproporción. PÉREZ, Yaneth, “Análisis económico de los vicios del consentimiento en el Régimen Colombiano y en los Principios sobre los contratos Comerciales Internacionales Unidroit” *Dikaion*, Año 21, Núm.16, Chía, 2007, 179-194, p. 183.

¹⁵⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 348

¹⁵⁵ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, op. cit., p. 210

¹⁵⁶ LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis de, *De las Obligaciones*, México, McGRAW-HILL, 1997, p. 27

El error de derecho para Alessandri implica desconocer o mal conocer un precepto establecido en la ley, en cuanto a su existencia, sentido, alcance o su vigencia,¹⁵⁷ es “una falsa creencia o comprensión de las consecuencias jurídicas de la obligación”,¹⁵⁸ en suma, es una falsa percepción de la realidad en el contenido y alcance o interpretación de la norma jurídica, implica el desconocimiento de una norma jurídica o su incorrecta interpretación, inexacta aplicación o alcance que se le da a la misma; la existencia de un error de derecho, por regla general, no repercute en la invalidez del contrato, ya que no se considera vicio del consentimiento¹⁵⁹ en virtud de que, a nadie puede beneficiar el desconocimiento de la norma jurídica, atendiendo al principio jurídico que establece: *“La ignorancia de la ley a nadie exime de su cumplimiento.”*¹⁶⁰ En el derecho mexicano se ha dicho que no constituye una causa de nulidad del acto jurídico.¹⁶¹

El error de hecho, puede definirse como “el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de una cosa, de un acontecimiento o de una persona”.¹⁶² Es una falsa percepción de la realidad que recae en circunstancias fácticas que igual pueden o no trascender en la vida del acto jurídico, y es de tres especies: *error obstáculo, error nulidad, y error indiferente*. Este error, si será causa de nulidad cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad contractual conforme al artículo 1383 del Código Civil Federal.

El error obstáculo llamado también dirimente¹⁶³ o esencial, de acuerdo a Lázaro Tenorio, es la “falsa creencia de la realidad que se presenta respecto a la identidad o substancia del objeto del acto jurídico o sobre la persona.”¹⁶⁴ Se llama obstáculo o dirimente porque obsta la formación del consentimiento, y por tanto, va más allá de la simple nulidad, provoca la inexistencia del acto. Esta especie de error, – señala Alessandri–, no constituye propiamente un vicio del consentimiento; debido a su naturaleza y gravedad, impide la formación del consentimiento.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA Undurraga, Manuel, *Tratado General de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, T. II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 223.

¹⁵⁸ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 210

¹⁵⁹ En relación al Derecho chileno, Alessandri precisa “El artículo 1452 del Código Civil dispone que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Esta regla es la consecuencia natural de la presunción del conocimiento de la ley que establece el artículo 8º del Código Civil, presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Por lo tanto, nadie puede defenderse alegando ignorancia de la ley, porque la ley se supone conocida de todos; y, de acuerdo con el artículo 706 inciso final, “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 23

¹⁶⁰ El artículo 21 del Código Civil Federal señala: “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”

¹⁶¹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 210

¹⁶² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, *op. cit.*, 2010, p. 23

¹⁶³ LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis de, *De las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 27,

¹⁶⁴ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 210

¹⁶⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, *op. cit.*, p. 25

El error obstáculo tiene tres modalidades.

In negotio.- Es un error acerca de la naturaleza del acto jurídico. Verbigracia, una parte cree estar vendiendo y la otra que le están donando.

In corpore.- Este error recae sobre la identificación del objeto. Las partes utilizan términos generales con los que creen se identifica al objeto, pero en el fondo cada quien piensa en objetos distintos.

In personae.- Este error descansa en la identidad del sujeto con quien se contrata. Esto tiene relevancia sobre todo en los contratos intuitu personae.

En el fondo, en ninguno de los tres casos señalados hay consentimiento. El error es tan grande que no permite que llegue a conformarse el consentimiento, por lo que, su consecuencia jurídica es la inexistencia del acto jurídico.

Error nulidad o sustancial. “El error sustancial vicia el consentimiento, y da lugar a la nulidad relativa, porque, a diferencia del caso anterior, aquí no falta el consentimiento. El error sustancial, para que vicie el consentimiento, debe ser determinante de la celebración del acto o contrato, es decir, de tal naturaleza y trascendencia que sin él la persona que lo sufre no hubiera celebrado el acto o contrato.”¹⁶⁶ Este error es el que nos interesa como elemento de validez, es aquel que recae sobre el motivo determinante de la voluntad contractual, y conforme al artículo 1813 del Código Civil Federal precisa que además de recaer en ese motivo: “... si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”¹⁶⁷

¿Cuál es el error que vicia la voluntad? Es el error nulidad, éste error es el único que nos interesa como vicio del consentimiento y provoca la nulidad relativa.

Lo que se exige es que, el motivo determinante de la voluntad se haya objetivado,¹⁶⁸ esto es, que no se quede meramente en el plano interno del sujeto, sino que trascienda exteriormente, pues será necesario comprobar, en cada caso, cual ha sido ese motivo determinante que deberá ser conocido por el otro contratante; si no se logra esto, estaremos ante un error indiferente.

La exteriorización de la voluntad puede ser de dos formas:

1.- Por haberse declarado en el momento de celebrar el acto.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 28

¹⁶⁷ Artículo 1813 del Código Civil Federal.

¹⁶⁸ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 77

2.- Que se infiera de hechos conocidos (por presunciones), es decir, que “se deduzca de las circunstancias del contrato, cuál fue la causa que motivó”, como dice la fórmula del 1803 del Código Civil Federal.

Error indiferente. Recae sobre circunstancias fácticas intrascendentes para la eficacia del acto jurídico, por tanto no provoca ni la inexistencia, ni la nulidad del acto.

El error de cálculo que es la falsa apreciación al pesar, contar o medir el objeto indirecto de la obligación, sólo da lugar a que se rectifique; sin embargo, cuando va más allá y llega a tocar el motivo determinante de la voluntad contractual, será un error nulidad.

5.5.3.2. El dolo y la mala fe

Las modalidades del error son también dos: *el dolo y la mala fe*; éstos no son vicios autónomos ya que son formas especiales de manifestación del error; no podría haber dolo ni mala fe, prescindiendo del error. La primera de ellas; el dolo, es un error inducido o provocado; la segunda, un error mantenido. El dolo implica una conducta activa, esto es, propiciar el error de otra persona; la mala fe una conducta pasiva, disimular el error en que ha incurrido otra persona.¹⁶⁹

El dolo es la conducta perversa e insidiosa, el valerse del error de otro sujeto ya ocasionándolo o preservándolo en él tramposamente.¹⁷⁰ El dolo es definido por la ley como “cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.”¹⁷¹ Es un error provocado ya que implica toda maquinación, sugestión, artificio (artimaña) que se emplea ya sea una de las partes o un tercero para inducir a error o mantener en el error a alguno de los contratantes; siempre importa una intención dirigida de perjudicar a otro.¹⁷²

La mala fe, o mala intención, como la designa Gutiérrez y González: “es la determinación de la voluntad de una parte, o de las dos, en orden a la disimulación del error fortuito en que se encuentra la otra parte, al celebrar el contrato ...”¹⁷³ La mala fe, es definida por la legislación como la “disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”¹⁷⁴ Así, tenemos a la mala fe como un error fortuito, ya que se produce de manera espontánea, pero que aparece oculto inconsciente e intencionalmente, por una de las partes a la otra.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 78.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Artículo 1815 del Código Civil Federal.

¹⁷² RAMOS PAZOS, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 247

¹⁷³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 370

¹⁷⁴ Artículo 1815 del Código Civil Federal.

El dolo y la mala fe, cuando recaen sobre el motivo determinante de la voluntad contractual, provocan la nulidad relativa del acto; pero deben probarse, ya que partimos del principio de que la buena fe siempre se presume.

Dolo principal o determinante, es el que vicia la voluntad ya que determina a contratar, influye para la celebración del contrato, sin él no se hubiera contratado.¹⁷⁵ El Artículo 1816 del Código Civil Federal señala que el dolo anula el contrato “[...] si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”; por lo que la consecuencia es la afectación de nulidad relativa del contrato.¹⁷⁶

Dolo incidental.- El que recae sobre incidencias, cuestiones secundarias que no son esenciales y consecuentemente no influye en el contrato, no motiva a contratar; por tanto, no es determinante ni decisivo y no genera por ende la nulidad. Es incidental si no fue la causa eficiente del acto.¹⁷⁷

Dolo malo.- Es el que se encamina a provocar un engaño,¹⁷⁸ siempre que además sea determinante para la contratación provocará la nulidad relativa.

Dolo bueno.- El *dolo bueno* lo conforman “las ponderaciones o recomendaciones que los comerciantes hacen de sus mercaderías; en otras palabras, en la propaganda que exagera considerablemente las cualidades y el aprovechamiento de un objeto cualquiera.”¹⁷⁹ “Es el conjunto de halagos, ponderaciones exageradas sobre las cualidades de una cosa y que son tan obvias que no constituyen realmente un engaño”.¹⁸⁰ Como se trata de exageraciones tan evidentes, para recomendar bienes o servicios; por tanto, no se considera como engaño y no provoca la nulidad.

Dolo recíproco.- Se presenta en el caso de que las dos partes actúen con dolo, entonces opera la compensación, y por tanto, ninguna de ellas puede demandar la nulidad. El artículo 1817 del Código Civil Federal señala: “Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.”

¹⁷⁵ LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 163

¹⁷⁶ El artículo 1816 del Código Civil Federal señala: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”

¹⁷⁷ GHERSI, Carlos Alberto, *Problemática moderna: ... op. cit.*, p. 80

¹⁷⁸ RANGEL CHARLES, Juan Antonio, y SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de los Negocios, Tópicos del Derecho Privado*, Cengage Learning Editores, México, 2007, p. 50

¹⁷⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno, Tomo II, op. cit.*, p. 64

¹⁸⁰ RANGEL CHARLES, Juan Antonio, y SANROMÁN ARANDA, Roberto, *op. cit.*, p. 50

¿De quienes puede provenir el dolo? Conforme al artículo 1816 del Código Civil Federal, el dolo puede derivar de las partes o de terceras personas. En el caso de que provenga de una de las partes producirá la nulidad relativa del contrato; si proviene de un tercero con conocimiento del contratante que se beneficia, también provoca la nulidad relativa; pero, si proviene de un tercero, ignorándolo el contratante favorecido, no es causa de nulidad.

5.5.3.3. La violencia o intimidación.

Ernesto Gutiérrez y González considera que habrá violencia o intimidación, si la voluntad emitida para efectuar un acto jurídico se produce ante el temor provocado por la conminación de soportar un detrimento, "*patrimonial moral o pecuniario*".¹⁸¹ Alessandri estima que no es la violencia, más bien el vicio es el miedo que infunde la fuerza ya física o moral y subraya: "La fuerza en sí misma no vicia el consentimiento; lo que constituye el vicio es el temor que dicha fuerza infunde en el ánimo de la persona sobre quien se ejerce. El temor se puede deber a que continúe el sufrimiento a que se está expuesto (tortura) o bien, a que se pueda producir el mal con que se ha amenazado, sea que éste recaiga sobre la misma persona víctima de la fuerza, sobre otras con quien ella tiene vínculos afectivos, o sobre sus bienes."¹⁸² Estamos de acuerdo con lo anteriormente expresado

Basados en la legislación civil mexicana, tenemos que hay intimidación o temor cuando se emplea la fuerza física (*vis absoluta*) o amenazas (*vis compulsiva*) que importen peligro de perder la *vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes* del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, de sus parientes colaterales dentro del segundo grado o de cualquier otra persona con la cual se encuentre unido el contratante por íntimos y estrechos lazos de afecto.¹⁸³ La *vis absoluta* es la violencia física, sobre ella Alessandri señala que "*Es física o material aquella que consiste en sufrimientos o actos de violencia ejercidos sobre la persona misma cuyo consentimiento se quiere obtener, sobre otras o sobre sus bienes; en estos casos, la fuerza es actual.*"¹⁸⁴ Esta violencia implica el uso de la fuerza material ejercida por la contraparte para obligar a contratar a la pasiva; implica un mal presente porque entraña la ejecución de una conducta, por ejemplo, torturar, secuestrar, lesionar, despojar; pero son conductas que se están ejecutando para lograr la celebración de un contrato.

La *vis compulsiva* es la violencia moral o psicológica "se ejercita sobre una persona mediante amenazas que no implican un mal presente, sino futuro; por esta

¹⁸¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 388

¹⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, op. cit., p. 46

¹⁸³ Artículo 1819 del Código Civil Federal y 1307 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

¹⁸⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, op. cit., 2010, p. 47

razón, se dice que esta violencia es eventual, porque el mal o el sufrimiento con que se amenaza se condiciona a la actitud de la víctima.”¹⁸⁵ A diferencia de la violencia física; en la moral, la amenaza entraña un mal futuro –más o menos mediato–; son conductas venideras o pendientes que se ejecutarían si es que no se celebra el contrato propuesto.

¿Es la violencia o intimidación un vicio de la voluntad? Basados en la concepción de vicio de la voluntad, en la medida que se afecta la libre decisión o manifestación de voluntad la intimidación es un vicio de la voluntad. “Este temor a un sufrimiento presente o futuro es un vicio del consentimiento, porque altera el libre querer de la persona; la constriñe a ejecutar un acto jurídico que no desea, a manifestar una voluntad que no es libre y que no corresponde a su verdadera volición interna.”¹⁸⁶ Partiendo de los bienes jurídicos tutelados por éste vicio en relación a las personas sobre quienes se extiende, es de donde puede provenir ese temor, quebrantando así, la libre voluntad de la víctima; ésta es la razón jurídica del porqué sea tenida como un vicio y en caso de actualizarse, engendra la nulidad relativa del contrato. Por ello, para que se pueda tener como vicio debe cumplir los siguientes requisitos: (Artículos 1820 y 1821 del Código Civil Federal).

1.- Que sea determinante, es decir, que motive a la contratación; de lo contrario no es vicio de la voluntad.

2.- Que la amenaza sea verdadera, real y verosímil; por ende, una amenaza inverosímil o no factible, realmente no sería amenaza.

3.- Que sea injusta, esto es, que no constituya el ejercicio de un derecho. Conforme al artículo 1820 del Código Civil Federal, el temor reverencial es el temor de desagradar a quienes se les tiene sumisión y respeto, y no es violencia; por ende tampoco un vicio.

3.5.3.4. La lesión

También es considerado por la doctrina como un vicio de la voluntad, aunque en nuestro Código Civil Federal no aparezca dentro de los artículos comprendidos dentro del epígrafe que reglamenta propiamente los vicios del consentimiento. Gutiérrez y González la concibe como “un vicio de la voluntad” que se puede actualizar en contratos sinalagmáticos onerosos, derivado de la ignorancia, suma miseria, inexperiencia o extrema necesidad.¹⁸⁷ Por su lado, el artículo 17 del Código Civil Federal prescribe: *“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado*

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 46

¹⁸⁷ *Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 395*

tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."

De lo antes dispuesto se considera que la lesión se conforma de dos elementos:

1. **EL OBJETIVO.-** El lucro excesivo, la desproporción o inequidad entre las contraprestaciones que se dan ambas partes.
2. **EL SUBJETIVO.-** Aprovecharse de la necesidad apremiante, extrema miseria, suma ignorancia o notoria inexperiencia del contratante.

Deben concurrir los dos elementos: el aprovecharse de la necesidad apremiante, extrema miseria, suma ignorancia o notoria experiencia; y además, tiene que derivarse una desventaja económica para el otro sujeto, que sea notoriamente desequilibrada. De lo contrario no habrá lesión.¹⁸⁸

La esencia de la lesión, es la inequivalencia de prestaciones; el fundamento de la lesión está en la equidad¹⁸⁹ que debe prevalecer entre las prestaciones que recíprocamente se dan las partes; por lo tanto, no procede más en los contratos bilaterales, onerosos. Se discute si en los contratos aleatorios puede haber lesión ya que en un contrato aleatorio aunque puede haber una desproporción, empero, no puede haber lesión, ya que precisamente en ellos se asume ese riesgo y por ello son aleatorios. Sin embargo, considera Salvador Rocha Díaz que aun en ellos puede haber enorme desproporción, y por ende lesión.¹⁹⁰ La desproporción debe ser simultánea; debe darse en el momento mismo de la celebración del contrato; si el desajuste es posterior, no habrá lesión.¹⁹¹ En el caso de las condiciones, "el equilibrio o desequilibrio se juzga al momento de la celebración, no al momento del cumplimiento de la condición. Por ello, en las obligaciones condicionales, el equilibrio debe contemplarse cuando el contrato se celebra y no cuando se cumple la condición, en razón del efecto retroactivo de esta modalidad."¹⁹²

¿La lesión es un vicio de la voluntad? Bejarano Sánchez considera que no es un vicio de la voluntad por sí misma. Es la consecuencia de la voluntad viciada y no el vicio mismo.¹⁹³ Nosotros estimamos que sí es un vicio por lo siguiente: Cuando se aprovecha del estado de necesidad por el que una persona atraviesa, se está afectando la libre decisión; en los casos de ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia, se afecta la voluntad cierta.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ "El verdadero fundamento de la lesión es la equidad, contra la que se atenta al ejecutar un acto jurídico que acarrea una desigualdad considerable entre las prestaciones de una y otra parte." ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno, Tomo II, op. cit.*, p 72

¹⁹⁰ Citado por BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 88

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 89

¹⁹² *Idem.*

¹⁹³ *Ibidem*, p. 88

5.5.3.5. Consecuencias jurídicas por los vicios de la voluntad.

La sanción que se presenta cuando existen vicios en la voluntad, estriba en que el acto jurídico esté aquejado de nulidad relativa con las siguientes características: produce provisionalmente sus efectos mientras no exista una sentencia que declare la nulidad; puede invocarla solamente la persona que ha sufrido tales vicios; puede convalidarse por medio de la ratificación o confirmación; aunque también el pago o cumplimiento voluntario extinguen la acción de nulidad; y por último, esta acción de nulidad es prescriptible.

- La presencia de lesión o la actualización de los demás vicios en la voluntad acarrearán la nulidad relativa.
- Únicamente puede ser invocada por quien sufre los vicios.
- Puede convalidarse por confirmación cuando haya desaparecido el vicio, o por ratificación expresa (oral, escrita o por signos inequívocos) o tácita (por el cumplimiento voluntario).
- Es prescriptible, la prescripción de la acción de nulidad implica una convalidación.
- No obsta que el acto produzca sus efectos (provisionales si se declara la nulidad).

5.5.4. Tercer elemento de validez. La licitud en el objeto.

Estudiamos ya el *objeto posible* como elemento esencial, ahora se analiza al *objeto lícito* como elemento de validez. Para que un acto jurídico o contrato no sean afectados de nulidad y surtan plenamente sus efectos, es menester que la voluntad del autor o de las partes contratantes esté orientada a ejecutar actos que busquen un objeto ajustado a derecho. La ilicitud recae sobre una conducta jurídica; si la constitución o transmisión de determinados derechos está legalmente prohibida, nos situamos ante un objeto ilícito.

Robusteciendo lo anterior Galindo Garfias expone: “La licitud o ilicitud del objeto califica exclusivamente al hecho que el obligado debe hacer o no hacer (prestación o abstención). Por lo tanto, la ilicitud recae sobre la conducta del obligado. Cuando ésta es ilícita produce la nulidad de la obligación.”¹⁹⁴ En cuanto a la enunciación y determinación del concepto de ilicitud, va más allá de lo prohibido por una norma jurídica. Giuseppe Grosso estima que el concepto debe alcanzar también “lo que es contrario a las *boni mores*. El concepto elástico de las *boni mores*, que ciertamente no puede corresponder a los criterios de la moral más rigurosa, pero sí al sentido moral que está en la base de la conciencia social. En realidad se trata siempre de una valoración en función de los fines del ordenamiento jurídico (valoración que

¹⁹⁴ GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1981, p. 59

se extrae de la conciencia social) que rige aún para la determinación de los límites de este concepto que el derecho extrae de la moral, con relación al requisito de la licitud de que acá nos ocupamos.”¹⁹⁵

En los casos de ilicitud en el objeto, el acto jurídico o contrato estaría afectado de nulidad, que comúnmente será absoluta, y por lo tanto imprescriptible; puede hacerla valer todo interesado, no puede confirmarse ni convalidarse y engendra consecuencias transitoriamente, ya que cuando se pronuncia la sentencia de nulidad, son destruidas retroactivamente. En efecto, la ilicitud del objeto por lo general provoca la nulidad absoluta, pero por excepción puede ser relativa, *sólo cuando la ley permite la convalidación, ratificación o confirmación del acto*. En ésta dirección apunta Galindo Garfias, “cuando el código establece que la ilicitud de acto provoca su nulidad ya absoluta, ya relativa *“según lo disponga la ley”*. La nota que distingue la nulidad absoluta de la relativa, no se halla en la causa que da origen a una u otra invalidez, sino al número de personas que pueden hacer valer la acción de nulidad, ni depende de la naturaleza pública o privada del interés protegido por medio de la nulidad, antes bien, la diferencia radica en la concurrencia o no de las características que presente la acción de nulidad, y esto es lo que constituye el dato verdaderamente distintivo entre una y otra especie de nulidad.”¹⁹⁶

En cuanto a lo imprescriptible de la acción de nulidad por ilicitud, a diferencia del actual Código Civil de 1928, en el de 1884 –puntualiza Cecilia Liconá– “no existía disposición alguna que estableciera la prescripción o la no prescripción de la acción de nulidad; sin embargo, la tradición, los tribunales y la doctrina sin discusión afirmaron: hay imprescriptibilidad, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.”¹⁹⁷ Lo mismo sucedía en relación a la determinación de *quienes podían demandar la nulidad por ilicitud*; el Código de 1884 no lo determinaba;¹⁹⁸ el actual Código Civil distingue entre nulidad relativa y nulidad absoluta e inexistencia, permitiendo que cualquiera que tenga interés jurídico pueda invocar la nulidad por ilicitud. Desde el proyecto del Código Civil del Distrito Federal de 1928, según la exposición de motivos del mismo, “*Tratándose de la nulidad de las obligaciones, se estableció una doctrina más clara y fundada. Como principio básico, se sostiene que sólo la ley puede establecer nulidades y estas se dividen en absolutas y relativas, resultando las primeras de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. A la segunda categoría pertenecen todas las demás. Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez, debe alegarlas el Ministerio Público y no son susceptibles de ser*

¹⁹⁵ GROSSO, Giuseppe, *Las obligaciones, contenido y requisito de la prestación*, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p.103 y 104

¹⁹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, op, cit., p. 274

¹⁹⁷ LICONA VITE, Cecilia, op, cit., p. 164

¹⁹⁸ “¿Quiénes tenían acción de nulidad por ilicitud? No había precepto al respecto, ante esto podía concluirse: rige la regla general. Empero, la tradición jurídica, los tribunales y la doctrina sin discusión afirmaron: la nulidad puede ser invocada por todo interesado, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.” *Idem*.

confirmadas por la voluntad de las partes o convalidadas por la prescripción. Las nulidades relativas sólo pueden alegarlas las personas a cuyo favor han sido establecidas y pueden desaparecer por la confirmación, o por la prescripción. Las relaciones jurídicas, absolutamente nulas, no producen efectos ni antes ni después de la declaración de nulidad; en tanto que las afectadas de nulidad relativa, producen efectos jurídicos mientras que judicialmente no se declara su nulidad.”¹⁹⁹

Según Planiol y Ripert, “la ley no puede tener en consideración las convenciones cuyo objeto sea un hecho reprobado por ella; los objetos ilícitos no pueden generar obligación ninguna válida. Debe considerarse ilícito no solamente lo que es contrario a un texto de la ley, sino también lo que es inmoral”.²⁰⁰ En principio, –señala Piantoni en alusión al derecho Argentino–, la noción de la ilicitud del objeto es la misma: negocios contrarios a los preceptos jurídicos, a la moral y a las buenas costumbres.²⁰¹ Planiol y Piantoni consideran también a la moral para calificar la licitud o ilicitud del objeto. La legislación civil mexicana, no hace referencia expresa a la moral para éste propósito; sin embargo, la consideran implícita cuando se habla de las buenas costumbres. Hay quienes consideran que en ella se involucra al concepto de moral social.²⁰² Es diferente el concepto de moral y buenas costumbres. La referencia subjetiva circunda al concepto de la moral, que la configura de carácter personal, mientras que las buenas costumbres tienen su referencia objetiva.²⁰³

¿Dónde tiene su origen el orden público y las buenas costumbres? ¿En el derecho positivo? ¿En los acontecimientos económicos, políticos, sociales y culturales? Sobre el particular Ignacio Galindo Garfias explica: “El orden público y las buenas costumbres *no se originan de la ley*, no de las fuentes formales del derecho, *son la ratio de la prohibición o de la conducta imperativamente obligatoria*. Uno y otro concepto, toman su origen en *las fuentes reales* del derecho; es decir, en los hechos sociales mismos, en la estructura jurídica, política y económica del grupo social, que el legislador ordinario está obligado a respetar y hacer cumplir.”²⁰⁴ Por nuestra parte, consideramos que en gran medida, el orden público sí tiene su origen en el Derecho positivo, los parámetros de lo ordenado y lo vedado de él derivan, ya que es éste quien se encarga de poner límites a las libertades a través de las leyes prohibitivas o imperativas; así el orden público es el límite a la libertad contractual; algunas leyes imperativas serían, por ejemplo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, La ley de normalización y metrología, La ley Federal de Competencia

¹⁹⁹ Exposición de Motivos del Código Civil del Distrito Federal de 1928. *Código Civil para el Distrito Federal*, 49ª. ed., Porrúa, México, 1981, p. 29

²⁰⁰ PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Derecho Civil*, op. cit., p. 830

²⁰¹ Cfr. PIANTONI, Mario A., et al, *Sociedades Civiles y Comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 153

²⁰² KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Trad. Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

²⁰³ Cfr. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, Volum. I, Departament de Dret Civil, Universitat de València. València, 1996, p. 291

²⁰⁴ GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, IJ-UNAM, México, 1981, p. 60

Económica, las Leyes de Desarrollo Urbano, las Leyes de Lotificación o de Fraccionamientos, son tan solo algunas leyes que regulan “como normas imperativas y de orden público y substraen por tanto, de la libertad contractual aspectos esenciales del objeto de muy numerosos contratos.”²⁰⁵ De lo que derivamos que el orden público, en gran medida se deriva de las disposiciones normativas como las previamente señaladas.

Por el contrario, las buenas costumbres no pueden tener su origen directo en la ley, primero porque estas son conductas no legisladas, son prácticas reiterativas, y se justifican, precisamente por ser acontecimientos sociales no reconocidos expresamente por la ley, pero que, sin embargo, han sido adoptadas por una comunidad que las considera adecuadas y las realiza como si fueran obligatorias, sin serlo jurídicamente. Por otro lado, las buenas costumbres no pueden ser contrarias al derecho positivo; sólo son consideradas como fuentes supletorias cuando hay omisión legal sobre determinadas prácticas sociales y que además no resultan contrarias a las leyes prohibitivas o imperativas. Basta recordar que para justificar el desacato a la ley, no podemos aducir ignorancia, desuso o práctica en contra de la misma.

5.5.4.1. La ilicitud.

Si el principio de libertad de acción que marca pautas a los gobernados, determina que, todo lo que no les está prohibido, les está permitido; entonces, el patrón para poder determinar la ilicitud, no estriba en la definición de lo que está permitido, sino más bien en lo que está prohibido; por tanto, la ilicitud se conforma por todo aquello que es contrario a derecho o a las normas jurídicas lato sensu; todo lo contrario al orden público; lo que es contrario a las buenas costumbres; empero, *¿quién determina la ilicitud?*

El artículo 8 del Código Civil –estima Galindo Garfias–, parece atribuir al Estado la facultad amplia e ilimitada de prohibir a los particulares toda conducta que en concepto de los titulares del poder público convenga declarar ilícita.²⁰⁶ En síntesis, quien determina la ilicitud, es la sociedad misma, el Estado mismo a través de sus instituciones, quien a final de cuentas mediante prohibiciones y órdenes absolutas, contenidas en el ordenamiento jurídico, fija los criterios para poder determinar, qué conductas quedan al margen de lo jurídicamente permitido, y por tanto ilícitas.

Al efecto, inciden los artículos 1830 y 8 del Código Civil Federal, respectivamente señalan: Artículo 1830.- *Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.* Artículo 8o.- *Los actos ejecutados contra el tenor de*

²⁰⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato*, Porrúa, México, 2004, p. 45

²⁰⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1981, p. 60

las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. A su vez, el artículo 1831 del Código Civil Federal que establece: “El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

5.5.4.2. Lo que va contra la ley.

Basándonos en la clasificación que proponen Manuel Borja Soriano²⁰⁷ y Ernesto Gutiérrez y González,²⁰⁸ es ilícito:

Lo que va contra la ley

A.- Supletoria (permisivas).- *La ley suple el silencio de los que realizan un contrato, por tanto sólo rige en defecto de declaración expresa, y pueden por tanto, ser derogadas por los particulares. Si se pacta contra ella, no es ilícito.*

B.- Prohibitiva.- Según lo tutelado puede originar:

a) **Nulidad absoluta**.- *Si protege interés general o de orden público. Artículo 8 del Código Civil Federal. (Por ejemplo, la renuncia a alimentos).*

b) **Nulidad relativa**.- *Si protege intereses particulares, permitiendo la convalidación a pesar de la ilicitud. (Por ejemplo los casos de venta de cosa ajena previstos por los numerales 1766 y 1768 del Código Civil Guanajuatense que predica La venta de cosa ajena surtirá sus efectos, si el propietario de la misma ratifica el contrato en forma expresa. Esta disposición no tiene correlativo en la legislación civil federal y el Artículo 2271 del Código Civil Federal que establece: El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida.²⁰⁹*

c) **Ilicitud sin nulidad**.- *Protege al orden social, sería más grave imponer la nulidad del acto. (Por ejemplo los matrimonios ilícitos pero no nulos tal y como lo contempla el artículo 264 del Código Civil Federal y 320 del Código Civil guanajuatense).*

C.- Imperativa.- Cuando la ley ordena imperativamente la observancia de ciertas conductas en función del orden social; la contravención ocasiona la nulidad. (Por ejemplo, la cláusula de no enajenar prevista en el artículo 2281 de la legislación civil federal. “Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han

²⁰⁷ BORJA SORIANO, Manuel. *op. cit.*, pp. 147 y ss.

²⁰⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, op. cit.*, p. 338

²⁰⁹ “Por regla general, el ilícito desemboca en la invalidez, en la ineficacia del acto jurídico. Hay casos no menos frecuentes, en que **el ilícito produce efectos de no invalidez**, sino de eficacia, en un sentido especial. Cuando aparece el sólo calificativo de ilícito respecto de una conducta, ésta resulta dañosa en contra de un particular.” GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 51

intervenido.” Y el artículo 2282 del mismo ordenamiento que señala la consecuencia jurídica de la inobservancia: “*Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este Capítulo, serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.*”

5.5.4.3. Lo que va contra las buenas costumbres.²¹⁰

Entendiendo por buenas costumbres, según Planiol: “*el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinados y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no un acto como ilícito*”.²¹¹ Según Immanuel Kant, en su obra denominada Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, las buenas costumbres se basan en la moral, como imperativo categórico porque mandan de esa manera; esto es, imponen una acción objetivamente necesaria y buena en sí misma, “*como necesaria para que un sujeto pueda determinarse prácticamente por la razón.*”²¹² pero como la moral tiene por característica el ser autónoma e interna, no se queda en el campo de la moral individual; sino que se sugiere el concepto de moral social; así, la buena costumbre se basa la moral colectiva; sentimientos, tendencias que necesariamente valen para la voluntad de todos los seres racionales,²¹³ lo que para la mayoría de los miembros de una sociedad es moralmente bueno, se tendrá como una buena costumbre; por tanto, las buenas costumbres derivan de las prácticas que realiza y acepta una colectividad y pueden variar según la época y el lugar. “El término *bueno* –subraya Lorenzo Prats– pertenece a otro orden que no es el jurídico, sino que tiene verdaderas connotaciones éticas ... De esta forma sólo son buenas costumbres aquellos usos o hábitos realizados por la sociedad que desde el punto de vista moral cabe calificarlos como buenos.”²¹⁴ Como indicadores, según Giuseppe Grosso existen también como “*términos frecuentes para indicar la ilicitud en el sentido de que un acto es contrario a las buenas costumbres, son los de turpis o turpido (torpe-deshonesto o turpitud).*”²¹⁵ En efecto, la turpitud implica actuar con negligencia o descuido excesivo, y desde luego, se sitúa del lado de la ilicitud, el no actuar con el cuidado o diligencia debidos, lo mismo que vivir honestamente, se exigen a todos quienes conviven en una comunidad.

Por otro lado, la costumbre jamás estará por encima de la ley. “*Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario*”, Artículo

²¹⁰ Conforme a la Real Academia Española, costumbre proviene del latín *cosuetumen*, por *consuetudo-inis*, que significa hábito, modo habitual del obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 675

²¹¹ Citado por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 341

²¹² Vid. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Trad. Manuel García Morente, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan, Pto. Rico, 2007, p. 29.

²¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 39.

²¹⁴ PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, op. cit., p. 291

²¹⁵ GROSSO, Giuseppe, *Las obligaciones, contenido y requisito de la prestación*, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 105

10º Código Civil Federal. La costumbre cuando es fuente supletoria del derecho, deberá ser probada.

5.5.4.4. Sanción por ilicitud.

¿Cuál es la sanción por ilicitud en el objeto? En principio, *el acto jurídico ilícito* –considera Galindo Garfias– no debería engendrar consecuencias jurídicas y ser jurídicamente irrelevantes; empero, sí producen efectos. “El acto ilícito realizado en disconformidad con el orden jurídico, tiene particular trascendencia jurídica, aunque sea porque el derecho se ocupa de él *para cuidar que sus autores no alcancen los resultados que pretenden con la ejecución del acto*, pues, dichos resultados se juzgan –de allí la relevancia jurídica del ilícito–.”²¹⁶

En caso de realización de actividades ilícitas, tanto desde la posición legal como doctrinal,²¹⁷ la consecuencia debe ser la nulidad absoluta, que en el derecho mexicano tiene como características las de: producir efectos provisionales mientras no haya sentencia de nulidad; poder ser invocarla todo interesado, entendiendo por tal a toda persona que tenga un interés jurídico en el acto afectado de nulidad; no es susceptible de convalidación por confirmación, ratificación; y es además imprescriptible, en cualquier momento se puede ejercitar la acción. Empero, como lo señala Rafael Rojina Villegas, “*no todo acto ilícito en sentido general origina la nulidad absoluta o relativa del mismo*”.²¹⁸ Hay actos ilícitos cuya consecuencia, debido al bien jurídico que tutelan, y por su misma trascendencia, no puede ser la nulidad bajo ninguna de sus especies; hay otros que en vez de propiciar la nulidad absoluta engendran una relativa, pero estos realmente son casos excepcionalísimos.

Ahora bien, los efectos no se agotan en la sola declaración de nulidad; sino que, al verse privado de sus efectos de validez, la consecuencia que deriva del acto anulado es la *restitución* de las prestaciones que las partes se deben, siempre que la naturaleza de las mismas así lo permita. Ignacio Galindo Garfias, bien señala que son dos los aspectos de *reacción ante el ilícito civil*; por un lado, la función represiva mediante la nulidad del acto; y, por el otro, la función reparadora del daño o restitutoria de las prestaciones.²¹⁹

²¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., p. 51

²¹⁷ La actitud de realizar actividades ilícitas se sanciona con la nulidad absoluta de la sociedad, la que declarada por el juez de oficio o a petición de partes, provoca su inmediata disolución y liquidación, aplicándose las normas del art. 18 antes considerado. PIANTONI, Mario A., et al, “Objeto lícito e ilícito”, *Sociedades Civiles y Comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 155

²¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, PORRÚA, México, 1987, p. 67

²¹⁹ “La reacción del orden jurídico frente al ilícito civil ofrece en resumen dos aspectos: una función represiva a través de la invalidez del acto reproble y una función restitutoria o reparadora del daño causado, a través de la responsabilidad civil.” GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil op. cit.*, p. 52.

Por todas las consideraciones previas, en el artículo 2225 del Código Civil Federal y su correlativo 1716 del Código Civil para el Estado de Guanajuato se establece: *“La ilicitud en el objeto o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”*. Así las cosas, la ilicitud en el objeto comúnmente engendrará la afectación de *nulidad absoluta*, pero, cuando no obstante que exista ilicitud en el objeto, sea la propia ley quien de manera explícita determine que estos actos no son nulos *–ilicitud sin nulidad–*; o también, cuando en forma expresa permite a través de ciertos hechos condicionantes la convalidar del acto jurídico, y éstos hechos se realizan convalidando así al mismo, estaremos en presencia de una *nulidad relativa*; en cualquier otro caso que no sea de los dos previamente señalados, la ilicitud provocará una *nulidad absoluta*.

5.5.5. Cuarto elemento de validez. La capacidad jurídica

La capacidad es el cuarto elemento de validez. En el capítulo anterior se expuso la capacidad como atributo de las personas donde bajo esa dimensión, es la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que la misma pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma. Veíamos que existe la capacidad de derecho o de goce y capacidad de obrar o de ejercicio.²²⁰ Sólo de manera breve, recordar que la capacidad de goce es concebida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Y quienes sólo tienen capacidad de goce, únicamente pueden actuar mediante representantes legales; la capacidad de ejercicio “consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra”.²²¹ Se entiende como la facultad de la persona para hacer valer por sí sus derechos y cumplir por sí sus obligaciones. Quienes tienen capacidad de ejercicio, podrán actuar ya por sí o por medio de sus representantes.

También recordemos rápidamente que el aspecto negativo de esas capacidades lo constituyen las incapacidades. *“La incapacidad de derecho o de goce es la inaptitud para ser sujeto de derecho, la inaptitud para ser titular de derechos o de obligaciones.”*²²² La incapacidad de goce sólo puede ser parcial; esta incapacidad no puede ser absoluta,²²³ debemos tener en cuenta que no hay una total incapacidad de goce, ya que traería aparejada la falta de personalidad y por ende la falta de la persona. Señalábamos que,

²²⁰ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, McGRAW-HILL, México, 2002, p. 319

²²¹ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 317

²²² OCHOA G, Oscar, E., *op. cit.*, p. 225

²²³ “la capacidad podrá ser más o menos extensa, podrá ser limitada a un mínimo que en nuestro derecho, por ejemplo, corresponde a las personas por nacer, pero siempre habrá de ser mayor que cero. Queda pues bien claro que no se conciben personas en derecho, con incapacidad jurídica absoluta.” TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 191

lo que sí se puede dar, es la restricción a la capacidad de goce a determinadas personas y para determinados actos jurídicos.

Lo anterior es importante para destacar que bajo ésta dimensión hay precisiones suficientes en cuanto a sus clases, así como en sus aspectos positivo y negativo de la misma; sin embargo, el punto central es que, bajo la dimensión de elemento de validez, la ley mexicana sólo usa el término “incapacidad”, sin más diferencia, como sí se hace en la primera dimensión, por lo que estimamos, que es necesario establecer una conexión adecuada e integra entre las dimensiones de la capacidad, ya que en nuestro derecho mexicano, no están consideradas así en la segunda dimensión.

5.5.5.1. Sanción atribuida en el derecho mexicano a los casos de incapacidad.

¿En el derecho mexicano cuál es la sanción atribuible a los casos de incapacidad de los contratantes? Desde el Código Civil de 1884 se consideraba que la incapacidad de los contratantes, o de alguno de ellos, originaba la *nulidad del acto*, pero tenía características muy peculiares, ya que además la excepción de nulidad era perpetua. “Sin embargo, el contrato nulo por incapacidad, *podía ser ratificado*, y quedar por tanto, convalidado... Se establecía que la nulidad derivada de la incapacidad de uno de los contratantes *no podía alegarse por el otro*, si no se probaba que al tiempo de contratar *ignoraba esa incapacidad* (artículo 1763).”²²⁴

La sanción por incapacidad jurídica conforme al artículo 2228 del Código Civil Federal vigente es la nulidad relativa. Sin embargo, creemos que debe haber más concreción, ya que el numeral aludido sólo refiere “incapacidad”, sin señalar el tipo de incapacidad; aunque por el alcance que le confiere, creemos que es a la de ejercicio; no obstante, como no se precisa el tipo de incapacidad, esa disposición resulta aplicable a todos los casos de incapacidad, lo que desde nuestra concepción resulta inapropiado.

5.5.5.2. La deficiencia al regular las consecuencias de la incapacidad.

¿En el derecho mexicano hay conexión entre “la incapacidad como atributo de la persona” y “la incapacidad como elemento de validez”? Este es el punto crucial, desde el punto de vista de la doctrina jurídica mexicana, cuando se estudian los atributos de la persona, de manera abundante se desarrolla el atributo de la capacidad tanto en su aspecto positivo como negativo, y también se distingue entre incapacidades de ejercicio e incapacidades de goce; lo mismo, y todavía con mayor énfasis sucede en el derecho comparado; no obstante, cuando se estudia la segunda

²²⁴ “La pérdida de la acción, no significaba la convalidación del acto, y es que una regla general establecida en el código de 1884 era: la excepción de nulidad era perpetua (artículo 1672).” LICONA VITE, Cecilia, *op. cit.*, p. 163

dimensión de la capacidad, en el derecho mexicano no sucede lo mismo, algunos autores mexicanos abiertamente recurren a la expresión “incapacidad de goce”, pero la mayoría simplemente habla de “incapacidad”, sin distinguir como lo hace la ley, las especies de incapacidad.

En efecto, la legislación civil mexicana, cuando regula las consecuencias correspondientes a la falta de capacidad, sólo se refiere a la “incapacidad”, sin hacer distingos entre una y otra incapacidades. En el derecho comparado, existen abundantes referencias donde se hace este deslinde y consideran que una incapacidad se funda en cuestiones de interés público y la otra en el interés meramente particular, por lo que también, las consecuencias para una y otra incapacidad no son las mismas. Se estima que en los supuestos de que se carezca de capacidad de goce para un acto en específico, por ser disposiciones de orden público estaríamos en presencia de actos afectados de nulidad absoluta. Tratándose de la incapacidad de ejercicio protege el interés privado, por ello su falta produce la nulidad relativa, por ello es que pueda ser convalidada por la ratificación o confirmación del acto por medio del representante del incapaz de ejercicio; sin embargo si la incapacidad es de goce, ni por medio de representante se puede ejecutar el acto, menos aún convalidarse.

En nuestro derecho patrio, una postura que consideramos simplista, es la sostenida por Javier Martínez Alarcón²²⁵ quien señala que todo caso de incapacidad engendra una nulidad relativa, puesto que puede ser convalidada por el incapaz o su representante.

Por otro lado, el Doctor Javier Tapia Ramírez, distingue que los actos o negocios jurídicos celebrados por un incapaz están afectados de nulidad, ya sea absoluta o relativa, según el caso concreto de que se trate.²²⁶ En el mismo sentido, Bejarano Sánchez, precisa que si falta la capacidad de goce, el sujeto carecería de derechos para la ejecución del acto, en función de la tutela legal de intereses colectivos; por ello, la incapacidad de goce se reprime con la afectación de una nulidad absoluta. Sin embargo, la incapacidad de ejercicio se sanciona con una nulidad relativa.²²⁷ Creemos adecuada esta postura por las razones expuestas en el capítulo anterior, aunque lo cierto es, que la ley civil doméstica, no distingue, pues sólo señala que la incapacidad produce la nulidad relativa.

²²⁵ MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, *op. cit.*, p. 45

²²⁶ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 169

²²⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.* p. 105

5.5.6. Consecuencias de la falta de los elementos de validez.

Como ya fueron expuestos al analizar cada uno de los elementos de validez, simplemente para clarificar, a manera de resumen podemos señalar que:

1º Si falta la formalidad exigida para el acto jurídico o contrato, nos encontraremos ante un acto afectado de nulidad relativa, ya que es posible la confirmación; y además, en el derecho mexicano cuando la voluntad de las partes es indubitable, se pronuncia por la validez de esos contratos *mediante la acción proforma*.

2º Si falta *la ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad*; es decir, si hay vicios en la voluntad y esos vicios son sustanciales, la consecuencia jurídica es que el acto jurídico de que se trate, esté afectado de la nulidad relativa, salvo el caso del error obstáculo, que origina la inexistencia, y del error de cálculo, que sólo motiva una rectificación o del error indiferente, que no trasciende en la validez ni inexistencia del acto jurídico.

3º Si no hay capacidad de las partes, por deficiencia de carácter legislativo la consecuencia jurídica que se produce es la afectación de nulidad relativa. Empero, estimamos que para que exista congruencia con la primer dimensión de la capacidad *como atributo de la persona*, de donde se derivan dos tipos de incapacidades; estimamos que en la segunda dimensión, también debiera haber deslinde en cuanto a las consecuencias que deberían ser atribuibles a una y a otra incapacidad, como sí lo hace el derecho extranjero, no sólo en cuanto a lo doctrinal sino también en cuanto a las prescripciones normativas.

4º Si no hay objeto lícito, el acto jurídico estará afectado de nulidad absoluta; sin embargo, de manera excepcional puede ser nulidad relativa, esto último será cuando la propia ley permita de manera expresa, la convalidación o ratificación de los mismos.

Consecuencias de la falta de los elementos de validez		
<i>Elemento de validez</i>	<i>Nulidad absoluta</i>	<i>Nulidad Relativa</i>
<i>Falta de forma</i>		✓
<i>Vicios en la voluntad</i>		✓
<i>Incapacidad de las partes</i>		✓
<i>Objeto ilícito</i>	✓	✓

Por último, las consecuencias esenciales de la nulidad para el derecho mexicano, basados en las ideas de Stolfi²²⁸ son:

1º El quedar privado de efectos jurídicos el acto jurídico, por lo que una vez decretada no puede pretenderse prestación alguna, ya que se extingue todo tipo de derechos que se hubiere generado antes de la declaración de nulidad;

2º Si ya se han entregado prestaciones, deberán ser restituidas *en la medida que su naturaleza lo permita*. Sobre éste último, Diego Robles Farías explica que “la privación de efectos del acto jurídico produce, como se dijo, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato. Ello implica que las partes se restituyan lo que hubieran recibido como efecto del contrato. *Esto sólo procede cuando la restitución es posible, ya que a veces, por tratarse de objetos consumibles o de servicios que no es posible devolver, se torna imposible el cumplimiento de este efecto secundario de la nulidad.*”²²⁹

Así lo considera también Julio César Rivera en relación al derecho argentino al subrayar que la promordial consecuencia del pronunciamiento de nulidad de un acto jurídico “es la extinción de todos los derechos reales o personales causados en el negocio anulado: y por ende, el deber de restitución de las cosas que se hubiesen transmitido con causa en ese negocio inválido.”²³⁰

Las diferencias y semejanzas entre nulidad absoluta y relativa en el derecho mexicano la exponemos en el siguiente cuadro

Comparación entre nulidad absoluta y nulidad relativa en el Derecho Mexicano		
Criterio de comparación	Nulidad absoluta	Nulidad relativa
¿Opera ipso iure (Pleno derecho)?	No	No
¿Puede invocarse de oficio?	No	No
¿Quién la invoca?	Todo interesado	Sólo el afectado
¿Es convalidable?	No	Sí
¿Es prescriptible?	No	Sí
¿Surte efectos provisionales?	Sí	Sí

²²⁸ “De lo ya dicho se deducen fácilmente las consecuencias de la nulidad del negocio jurídico ... En cuanto a las partes puede decirse: a) que ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, porque de otro modo el negocio produciría el efecto que le es propio; b) que si el negocio ha sido cumplido, las cosas deben reponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiera realizado, ya que no pudo ni puede tener eficacia alguna.” STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Trad. Jaime Santos Ruiz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 88 y 89

²²⁹ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 358

²³⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 910

5.6. Relación entre los elementos esenciales con los de validez.

¿Hay relación que hay entre los elementos esenciales con los de validez?

En caso de que la exista, ¿cómo se determina esa relación?

Como con antelación referíamos, los elementos esenciales del contrato son: consentimiento; objeto posible; y en algunas ocasiones la solemnidad. La falta de cualquiera de ellos, produce la inexistencia del acto jurídico; de igual forma señalábamos como elementos de validez a: la capacidad de las partes; la ausencia de vicios en manifestación de la voluntad; licitud en el objeto; y, la formalidad. No sólo son dos niveles o grados diferentes, sin los primeros, no podemos hablar de los segundos; entre ellos hay una estrecha relación de antecedente (elementos esenciales) y consecuente (elementos de validez); generalmente de los primeros se derivan los segundos.

Pero, *¿qué relación existe entre los elementos esenciales, con los de validez?* Como enseguida precisaremos, hay una relación de dependencia como “*antecedentes-consecuentes*”.

Los elementos esenciales son antecedentes necesarios de los de validez; sin los esenciales carecería de sentido y utilidad hablar de los de validez; por tanto, los esenciales son imprescindibles para la conformación del acto jurídico o convención, sin ellos no se concibe jurídicamente el acto jurídico o la convención pretendida por las partes; y por tanto, no se podría, por ser in-factible calificar la validez o nulidad de lo que no existe; carecería de sentido lógico y de utilidad jurídica polemizar la validez o invalidez de lo que no existe. Ahora bien, cumpliéndose los elementos esenciales, el acto jurídico se constituye y surte efectos jurídicos; y entonces, sí existe la posibilidad de calificar su validez o invalidez, tanto desde la simple premisa de la lógica, como desde la ciencia jurídica.

¿Cómo es que se relacionan los elementos esenciales y los de validez?

En base a las consideraciones previas, resulta indispensable determinar qué relación existe entre unos y otros. Los elementos esenciales se relacionan con los elementos de validez de la siguiente manera: La manifestación de voluntad o consentimiento (elemento esencial) se relacionan con ausencia de vicios; la capacidad y la formalidad (elementos de validez); el objeto posible (elemento esencial) se relaciona con el objeto lícito (elemento de validez). Por último, la “solemnidad” (elemento esencial), guarda relación con la “formalidad” (elemento de validez).

En el siguiente cuadro graficamos la anterior relación:

ELEMENTOS ESENCIALES	ELEMENTOS DE VALIDEZ
La voluntad o consentimiento (con)	<i>Ausencia de vicios de la voluntad</i> <i>Capacidad</i> <i>Formalidad</i>
Objeto Posible (con)	<i>Objeto lícito (Por lo general provoca la nulidad absoluta)</i>
Solemnidad (con)	<i>Formalidad</i>

Del primer recuadro, a partir del consentimiento se observan tres relaciones.

La primera de las relaciones que se expone, la tenemos entre el “consentimiento y la ausencia de vicios en la manifestación de voluntad o consentimiento”, y la expresamos de la siguiente forma: Si la voluntad o consentimiento se han emitido de una manera libre, con pleno conocimiento de lo que se contrata, esto es, exentos de vicios, no habrá cuestión alguna en cuanto a la validez; en cambio, si el consentimiento fue arrancado por dolo, mala fe, error, violencia o lesión, el contrato estará afectado de nulidad relativa. *La segunda relación* la tenemos entre el “consentimiento y capacidad”; si el consentimiento que se ha dado proviene de personas capaces no tendremos problema alguno; sin embargo, si una de ellas es incapaz, el acto que existe estará afectado de nulidad. *La tercera relación* se da entre “consentimiento-formalidad”, se explica de la siguiente manera: Si hay consentimiento y objeto posible, el acto jurídico será existente; y entonces podremos calificar su validez; es decir, si es válido o está afectado de nulidad. Cuando ese consentimiento se ha expresado de la manera que la ley prescribe²³¹ para su validez, no habrá dilema alguno; en cambio, si no se ha dado en la forma que exige la ley para su validez, el contrato estará afectado de nulidad relativa.

De igual forma del segundo recuadro, horizontalmente tenemos que existe relación entre el “objeto posible” (elemento esencial) con el “objeto lícito” (elemento de validez). El objeto para ser lícito, primero tuvo que haber sido posible jurídica y físicamente; por tanto, todo objeto lícito, lo es porque previamente fue un objeto posible, un objeto imposible jurídicamente, de manera técnica-jurídicamente no puede ser considerado como objeto ilícito. Si en la manifestación de voluntad (tratándose de un acto jurídico unilateral) o en el consentimiento (tratándose de un acto jurídico bilateral o plurilateral), el sujeto o los sujetos pretenden la creación, transmisión, modificación y/o extinción de derechos y obligaciones; y si además, la

²³¹ A esto es a lo que llamamos la formalidad en sentido estricto, cuya inobservancia produce la nulidad relativa del acto jurídico.

prestación recae sobre cosas o hechos posibles tanto en el orden físico como jurídico, el acto jurídico existirá como tal; así las cosas, estaremos en la posibilidad de calificar como lícito o ilícito al objeto posible. En éste tenor, cuando la cosa o el hecho sean física o jurídicamente imposibles, estaremos ante una inexistencia. Si la cosa existe en la naturaleza o es susceptible de existir; si está determinada o es determinable; y si además está dentro del comercio, diremos que es física y jurídicamente posible. Si el hecho es realizable por el ser humano y no existe una norma jurídica que impida su ejecución poniendo un obstáculo insuperable para que se realice, hasta entonces es que podemos calificar la validez del acto jurídico. En otras palabras, si la cosa o el hecho física y jurídicamente posibles, no resultan contrarios a derecho o no están prohibidos, estamos ante la validez del acto jurídico; si por el contrario, resultan contrarios a derecho, estamos ante la nulidad de los mismos.

Por último, hay una relación entre la solemnidad y la formalidad. Pues la solemnidad es una forma constitutiva; mientras que la formalidad en sentido estricto, es una forma probatoria, de tal suerte que toda solemnidad en cierto modo implica una forma, pero no toda formalidad implica una solemnidad, de tal modo que, ésta última aparece realmente como una excepción, en los casos que la ley así la contempla.

5.7. La nulidad y su clasificación en el Derecho mexicano.

5.7.1 La nulidad como sanción.

Dentro de la clasificación de las normas jurídicas en cuanto a *su sanción*, tenemos a las normas jurídicas:²³²

1º *Plus quam perfectae* (más que perfectas), que además de la anulación del acto imponen una sanción de carácter pecuniario y en ocasiones hasta de tipo corporal; en ella encontramos a las normas penales, que además de la reparación del daño, imponen una multa y además imponen pena privativa de libertad a los infractores;

2º Las normas jurídicas *perfectae* o perfectas, que simplemente impiden que el infractor vulnere el sentido de la norma, sin imponer castigo adicional que la simple anulación del acto violatorio;

3º Las *imperfectae* o imperfectas cuando carecen de sanción; y por último

²³² Vid. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, México, 1980, p. 88, y EMILIANO SUAREZ, Eloy, *Introducción al Derecho*, UNL, Argentina Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 293.

4º Las normas jurídicas *minus quam perfectae* o menos que perfectas, cuando no obstante contravenir a la norma, por cuestiones de conveniencia social, la norma reconoce la plena validez del acto violatorio, y meramente impone una sanción menor que no es la nulidad del acto violatorio; generalmente se reducen a una multa, ya que sería más dañino desde el punto de vista del orden público el sancionar la nulidad.

Conforme a lo anterior, podemos clasificar a las normas cuya sanción es la nulidad, como normas jurídicas perfectas, ya que lo pretendido por ellas, como coloquialmente se dice: “no permiten que el infractor de la norma se salga con la suya”, es decir, sólo buscan que el infractor de las normas jurídicas no vulnere el espíritu de las mismas, pero no van más allá, pues no buscan una pena pública como lo sería la multa o pena privativa de libertad, nota adicional de las normas *plusquam perfectae*, sino que únicamente una pena privada, con la restitución de la cosa – *cuando procede*–, pues buscan el que el acto jurídico violatorio de la norma quede sin efectos. Claro está que sólo producen estos efectos, hasta el momento en que se decreta la nulidad. Por ello es que algunos juristas la conceptualicen como una sanción.

En éste orden de cosas Gershi estima que la nulidad es una sanción privativa de los efectos inherentes al acto por imperfección coetánea a su celebración, lo que implica un impedimento y por tanto infracción a la ley, ya por cuestiones de forma, vicios o ilicitud.²³³

La nulidad se origina en actos jurídicamente existentes, empero imperfectos por faltarle a cabalidad las condiciones exigidas para su validez.²³⁴ Existen diversos criterios de clasificación de las nulidades:

Si falta un elemento de validez, decimos que el contrato estará afectado de una nulidad, que es la existencia irregular o incompleta del acto jurídico. Ahora bien, existen dos tipos de nulidad. Cuando hay ilicitud en el objeto, el acto por lo general estará afectado de *nulidad absoluta*; cuando falte cualquier otro elemento de validez (formalidad, ausencia de vicios en la voluntad, o capacidad) estaremos frente a un acto afectado de *nulidad relativa*; sin embargo, los casos de restricciones de una capacidad de goce provocarán nulidad absoluta.

²³³ Cfr. GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 296

²³⁴ Cfr. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, “Nulidad de Actos jurídicos”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1996, P. 2332.

5.7.2 La nulidad absoluta y sus características.

En el derecho mexicano se engendra éste tipo de nulidad únicamente cuando existe ilicitud, aunque debería presentarse también en tratándose de restricciones a la capacidad de goce; sin embargo, se produce por regla general, en los casos de ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico; (*sin embargo excepcionalmente la ilicitud en el objeto produce la nulidad relativa*). Esto último sólo sucedería cuando la ley expresamente permita convalidar el acto afectado de nulidad por ilicitud en el objeto.

Características de la nulidad absoluta:

- Puede invocarla todo interesado, entendiendo por ello únicamente a quienes tengan un interés jurídico. Por ejemplo. El heredero. En consonancia con el mexicano, en el derecho Chileno también se considera a todo aquel que tiene un interés jurídico, como legitimado para promover la nulidad absoluta, y no a quien posee un mero interés moral.²³⁵ Sin embargo con el nuevo paradigma del Estado Constitucional se reconoce también un interés legítimo, en la mayoría de los Estados Constitucionales de derecho se reconoce el interés simple, escenarios que no deben ser descartados.
- Es imprescriptible; por consiguiente, en cualquier tiempo puede demandarse ésta nulidad.
- No puede convalidarse por la ratificación o confirmación expresa o tácita del acto. Verbigracia. La capitalización de intereses conforme al numeral 1898 del Código Civil Guanajuatense. En efecto, el acto afectado de nulidad absoluta no se puede convalidar Vial del Río subraya que para éste tipo de actos “La ley impide que las partes validen el acto o contrato anulable por un vicio de nulidad absoluta, lo que es concordante con el principio de que la nulidad absoluta se encuentra establecida en el interés general, dado que existe un interés moral y social que prima sobre la voluntad de las partes.”²³⁶
- No opera ipso iure (de pleno derecho) pues en el derecho mexicano requiere ser declarada judicialmente.²³⁷ El mismo alcance tiene en el derecho chileno.
- El acto doliente de nulidad absoluta produce provisionalmente sus efectos, que serían aniquilados retroactivamente con la sentencia de nulidad.
- Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la nulidad absoluta protege los intereses generales de la sociedad. Alessandri la describe como sanción destinada a atacar y castigar a quien contraviene el interés general, a lo ilícito, a lo inmoral y a las malas costumbres, sin importar que el acto no afecte a ningún

²³⁵ Cfr. VIAL DEL RÍO, Víctor, *op. cit.*, p. 332

²³⁶ *Ibidem*, p. 256

²³⁷ Del contexto de los artículos 1683, 1687 y 1689 del Código Civil y del artículo 37 de la Ley de Matrimonio Civil, que se refieren a la nulidad *judicialmente declarada o pronunciada*, se desprende que la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, y no obra de pleno derecho. *Ibidem*, p. 336

contratante, pero sí de algún modo *al orden público*.²³⁸ Robusteciendo lo anterior Georges Lutezco así lo estima cuando refiere “La relación entre el interés público y la nulidad absoluta consiste en que ésta debe velar incesantemente porque el interés general sea respetado.”²³⁹

5.7.3 La nulidad relativa y sus características.

Si la nulidad relativa se basa en el interés privado, en palabras de Lutezco: “*La nulidad relativa únicamente ha sido creada y se concede para aprovechar de manera personal y por ende puede invocarse sólo por quienes la ley lo concede expresamente.*”²⁴⁰ Antonio Vodanovic estima que ésta nulidad, es una sanción que la ley impone cuando en la celebración del acto se omite algún requisito apoyado en circunstancias subjetivas [*“calidad o estado”*] de las partes.²⁴¹ A su vez Emilio Betti estima que, para que el acto anulable o afectado de nulidad relativa sea tal, es menester la intervención del interesado, y el interesado no será cualquier persona, sólo el afectado.²⁴²

De lo anterior tenemos que, en el derecho mexicano, también la nulidad relativa va enfocada a la situación de las partes contratantes, y de manera personal al afectado o perjudicado; por ello es que procede *cuando falta la capacidad en alguno o ambos contratantes; cuando existen vicios en la manifestación de la voluntad; cuando el consentimiento exigido para el acto jurídico de que se trate, no se exprese de la manera exigida por la ley; y en algunos casos excepcionales, por ilicitud en el objeto.*

Las características de la nulidad relativa en el derecho mexicano son:

- Sólo puede invocarla el afectado. (1.- El que sufre el vicio, 2.- El incapaz o su representante).

²³⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 131

²³⁹ LUTEZCO, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, (Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda), Porrúa, México, 1985, p. 153 y ss.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 160

²⁴¹ Cfr. “La nulidad relativa no se encuentra establecida en el interés de la moral y de la ley, no protege los superiores intereses de la colectividad, sino los de ciertas y determinadas personas en cuyo beneficio el legislador la establece.” VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 185

²⁴² “Anulable, en cambio, se denomina al negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el derecho acompaña a aquél, puede *–tras la reacción de la parte interesada–* ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiere existido.” BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p. 353

- No opera ipso iure, ya que requiere de declaración judicial, y una vez pronunciada ésta sus efectos se retrotraen al momento de la celebración considerándose como si nunca se hubiera realizado el acto.²⁴³
- Es prescriptible, por tanto, transcurrido el término de prescripción que la ley señale para el acto de que se trate, se convalidará por prescripción.
- Puede convalidarse por ratificación o confirmación del acto. La confirmación tiene naturaleza de *declaración de voluntad* emitida por el afectado, a través de la cual válidamente abandona la acción de nulidad, convalidándose con ella el acto anulable.²⁴⁴ La confirmación atentos a los expuesto por Diego Robles Farías: “Es el acto jurídico mediante el cual aquel sujeto a favor de quien se establece la protección, y *una vez que ha cesado la causa de la nulidad*, o cuando haya salido del estado psicológico pasajero en el que se encontraba, decide confirmar la validez del acto y dotarlo de eficacia plena.”²⁴⁵ Para ello se necesita que haya finalizado el motivo de la nulidad. Inclusive el cumplimiento voluntario se toma como una confirmación o ratificación tácita. Por ejemplo: El pago, la dación en pago, novación, etcétera, extinguen la acción de nulidad.
- Surte efectos provisionales de validez hasta la sentencia de nulidad, y definitivos cuando se ha ratificado o ha prescrito la acción de nulidad.
- La consecuencia de la nulidad relativa también lo es la restitución de las prestaciones cuando es posible, si es que las partes previamente las habían dado.

5.7.4. La nulidad total.

Por último, la nulidad podrá ser total o nulidad parcial, según la nulidad afecte a la totalidad del contrato; o solamente recaiga sobre una parte del mismo; entonces es que hablaremos de una *nulidad total o una nulidad parcial*,²⁴⁶ según sea el caso. Lo anterior conforme al artículo 2238 del Código Civil Federal y su correlativo 1729 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que establecen: “El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera”.

Es un error relacionar de manera sistemática a la “nulidad absoluta” con la “nulidad total”, y a la “nulidad relativa” con la “nulidad parcial”, no toda nulidad absoluta es total, ni toda nulidad relativa es parcial; son criterios de clasificación distintos. Sobre la temática, Guillermo Borda subraya que la nulidad se alcanza de manera completa o de manera parcial; es completa si la eficacia envuelve a todo el

²⁴³ “El negocio anulable —equiparable al afectado de nulidad relativa—, de manera retroactiva es considerado como si nunca hubiere existido.” *Idem*.

²⁴⁴ PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos, Cuaderno II*, Universidad de Zaragoza Dykinson, Madrid, 2010, p. 146

²⁴⁵ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, págs. 356 y 357

²⁴⁶ Cfr. CHIRINO CASTILLO, Joel, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Notas previas al articulado*. MCGRAW HILL, México, 2000, p.294

acto; parcial si únicamente afecta a alguna o algunas cláusulas; esto es, sólo son ineficaces las disposiciones viciadas.²⁴⁷ Ahora bien, en el derecho mexicano también, las nulidades ya sean absolutas o relativas pueden ser *totales o parciales*; la diferencia entre y otra estriba en la afectación que puede tener el acto jurídico o contrato; si afecta a la integridad del acto será total; si sólo lo hace en relación a una o alguna de las cláusulas, será parcial; entonces, habrá situaciones de “nulidad absoluta” “total” o “parcial”; y también los habrá de “nulidad relativa”, “total” o “parcial”. El criterio básico utilizado para la distinción entre ambas, es la extensión de la sanción. Julio César Rivera precisa que “Según la extensión de la sanción, la nulidad será total o parcial. En el primer caso, todo el acto resultará ineficaz; en el segundo, sólo la cláusula o disposición viciada.”²⁴⁸

En éste orden de ideas, la *nulidad total* será “cuando el vicio afecta a todas las partes y cláusulas del acto jurídico. Por ejemplo, el testamento otorgado por un demente.”²⁴⁹ Para Savigny bajo el nombre de invalidez total identifica a la nulidad total, y se actualiza cuando se quita toda la eficacia al acto jurídico.²⁵⁰ Para entender esto resulta apropiado lo que nos señala la doctrina en relación a los tres tipos de cláusulas a saber: *esenciales, naturales o accidentales*.²⁵¹

1º Las esenciales. Son indispensables; sin ellas no existiría contrato; son las que dan definición al contrato. Debe señalarse el objeto del contrato, indicándose si se va a crear, transmitir, modificar o extinguir algún derecho u obligación; así como las prestaciones –de dar, hacer o no hacer– que vayan a ser materia del contrato. Así, no habría compraventa, sin una cosa que vaya a ser transmitida, o sin precio que se vaya a pagar por la misma. Por ejemplo la enajenación de algo que está prohibido, o un vicio de la voluntad que recae sobre el precio o la cosa.

2º Las naturales. Son aquellas que la ley considera implícitas aunque no se pacten en forma expresa; sin embargo, pueden modificarse y en algunas ocasiones renunciarse. Por ejemplo, si no se señala tiempo, lugar y sustancia en la entrega de las prestaciones; la ley suple estas omisiones. La condición resolutoria en los contratos onerosos bilaterales; la competencia territorial; el saneamiento por evicción en las ventas, son también ejemplo de este tipo de cláusulas.

²⁴⁷ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 543

²⁴⁸ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, *op. cit.*, p. 897

²⁴⁹ VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 274

²⁵⁰ “Llamo invalidación completa a aquella que quita toda la eficacia al acto jurídico y por consiguiente, que es igual en extensión y poder al hecho que destruye. La expresión técnica empleada en este caso es la de nulidad”. SAVIGNY, M. Frédéric Carl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo III, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, p. 348

²⁵¹ Cfr. ARRAZOLA, Lorenzo, “Cláusulas especiales”, *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, Tomo XI, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1836, p. 75 y ss.

3º Las accidentales. Aquellas que no son indispensables para la existencia del acto y que tampoco la ley tiene como implícitas. Es conveniente para las partes pactarlas, pues, como señalamos anteriormente, la ley no las da por sobreentendidas; simplemente, si no se pactan, no existen. Por ejemplo: Pactar condiciones, cargas, penas convencionales; causas especiales de rescisión; garantías personales o reales; la cláusula de reserva de dominio, cláusula por la que se conviene que la cosa vendida no se venda a determinada persona; *la prórroga* de la competencia territorial.

Partiendo de la anterior clasificación, puede resultar útil para distinguir la nulidad total y la parcial. Si la ilicitud del objeto recae sobre una cláusula esencial, estaremos ante un caso de nulidad absoluta total; si estamos ante un vicio de la voluntad sustancial, que recae sobre una cláusula esencial habrá nulidad relativa total.

5.7.5. La nulidad parcial.

Savigny aclara que “la invalidación parcial *–como la denomina–*, es por su naturaleza enteramente variable, pues se pueden concebir una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan a la eficacia de los actos jurídicos. Se muestra bajo la forma de una acción, de una excepción, de una obligación que tenga por objeto un nuevo acto jurídico contrario al anterior, de una restitución o finalmente de una *bonorum possessio contra tabulas*. Para comprender estos casos tan diversos bajo una designación común, digo que la relación de derecho es entonces vulnerable.”²⁵²

En el Derecho mexicano la nulidad parcial tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 2238 del Código Civil Federal que establece: “*El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas,...*”. En ésta orientación Carlos Alberto Gershi recalca que “la nulidad de una de las cláusulas no afecta la validez del acuerdo *in totum*, si resulta ésta separable del resto ... Es un caso de nulidad parcial.”²⁵³ Y Vial del Río sostiene que “existe nulidad parcial, en cambio, cuando *el vicio afecta sólo a una parte o una cláusula* del acto jurídico; o cuando afecta a una parte o a un elemento de una cláusula.”²⁵⁴

En éste contexto, cabe aclarar que, el empleo tanto por la ley como por la doctrina de la palabra vicio, no se debe exclusivamente a los vicios del consentimiento, sino que la acepción correcta en el contexto, es toda cualidad negativa que afecta la validez del contrato, como lo pueden ser también: la ilicitud, la incapacidad o la falta de forma.

²⁵² SAVIGNY, M. Frédéric Carl, *op. cit.*, p. 349

²⁵³ GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I, *op. cit.*, p. 297

²⁵⁴ VIAL DEL RIO, Víctor, *op. cit.*, p. 274

La doctrina Chilena nos ilumina con los requisitos que debe satisfacer la nulidad parcial, requisitos que también resultan aplicables en el derecho mexicano. En efecto, Barcia Lehman establece los requisitos de la nulidad parcial. “La doctrina exige la concurrencia de los siguientes requisitos para que opere la nulidad parcial:

a) La cláusula que adolece del vicio de nulidad no debe afectar a un elemento de la esencia del acto o contrato.

b) La cláusula que adolece del vicio de nulidad debe ser independiente o autónoma del resto del acto o contrato.”²⁵⁵

Por último, de la misma manera que en el apartado anterior, la clasificación de las cláusulas de los contratos también es valiosa para distinguir los casos de nulidad parcial. Por ejemplo, si solamente es ilícita una cláusula accidental, no habría razón para que se afectara la totalidad del contrato, pues en este caso deberá pronunciarse sobre la nulidad de la referida cláusula; así estaremos ante un caso de nulidad absoluta pero parcial (absoluta por el objeto ilícito y parcial porque no recae sobre la totalidad, sino sólo sobre ésta cláusula); sin embargo, si estamos ante un vicio de la voluntad sustancial, que recae sobre una cláusula accidental, tampoco no hay razones para derivar la nulidad de todo el contrato, por lo que habrá nulidad relativa parcial.

5.7.6. La nulidad ipso iure (de pleno derecho).

Las nulidades de pleno derecho, según la doctrina, son aquellas que no requieren declaración judicial; en el derecho mexicano, *–advierte José Luis De la Peza–*, “tanto nulidades absolutas como relativas tienen que ser declaradas por una sentencia, ya que en nuestro sistema no existen las *nulidades ipso iure*.”²⁵⁶ En ésta misma tendencia, Jorge Sánchez-Cordero aclara que no hay nulidades de pleno derecho: “a pesar de lo que pudiera sugerir el texto legal, en nuestro derecho positivo, no hay nulidades que surtan sus efectos de pleno derecho. Las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente.”²⁵⁷

En efecto, muchas disposiciones del Código Civil Federal recurren a las expresiones: “*son nulos*”, “*es nulo*”, “*será nulo*”, lo que **pareciera insinuar que ya estamos ante la nulidad sin más**; sin embargo esto no es así, ya que toda nulidad, sea absoluta o sea relativa, para ser tal, requiere de una resolución judicial que así lo proclame; mientras tanto, lo único que sucede es que el acto o actos jurídicos producen efectos de validez, por ello, a pesar de la expresión legal no es que realmente ya sean nulos; sino que, más bien debe decirse que “*están afectados de*

²⁵⁵ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 127

²⁵⁶ LA PEZA MUÑOZCANO, José Luis de, *op. cit.*, p. 137.

²⁵⁷ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 99

nulidad". Lo anterior se robustece con la tesis jurisprudencial número 886 del Segundo Colegiado del Sexto Circuito, consultable en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Octava época, Tomo VI, página 608, citada a la voz de:

NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO. Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente. *SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO Octava época: Amparo en revisión 532/91. Javier Ramírez Maldonado y otro. 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 63/92. Ambrosio Saloma García. 11 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 72/92. Salvador Macías Acevedo. 11 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 208/92. Gregoria Morales Aguilar. 29 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 262/92. Santiago Morales Osorno. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis VI.2o.J/222, Gaceta número 59, pág. 67; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Noviembre, pág. 173.*

Esta tesis no ha sido superada, por lo que, en el Derecho mexicano las nulidades de pleno derecho no existen, y se tendrán sólo cuando la ley así lo señala de manera expresa. Empero, para los casos excepcionales de nulidad de pleno derecho, sus consecuencias son el que *"convierte el acto respectivo en ineficaz perpetuamente y desde el inicio."*²⁵⁸ Es decir, en estos casos la nulidad es una consecuencia inmediata y opera automáticamente sin que sea necesaria una sentencia que así lo declare.

En nuestro derecho mexicano, este tipo de nulidades están casi eliminadas pues se encuentran muy excepcionalmente. Por ejemplo, en actos jurídicos procesales, es nulo de pleno derecho lo actuado ante juez declarado incompetente.

Según el Código Civil para el Estado de Guanajuato, tenemos como casos de nulidad de pleno derecho, que por lo mismo no requieren declaración judicial los siguientes:

1.- El previsto por el artículo 630 que predica: *"El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado. Las que hiciere serán nulas de pleno derecho"*.

2.- El que previene el artículo 2962 que señala *"Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas"*. Su correlativo en el Código Civil Federal es el artículo 1724.

²⁵⁸ ALBADALEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 404 y ss.

5.7.7. Nulidades que requieren declaración judicial.

El derecho chileno coincide con el nuestro en éste sentido. Sobre ésta ineficacia, si se pretende la nulidad de un acto jurídico, es menester -Alessandri menciona-, “que la nulidad de que adolece, absoluta o relativa, haya sido discutida en un juicio seguido ante un tribunal competente y que, como consecuencia de ese litigio, se haya dictado una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad que en él se haya deducido.”²⁵⁹ Es la regla general que todo tipo de nulidad sea declarada judicialmente, por ende, mientras el juez no las declare nulas en una sentencia ejecutoria, provisionalmente estarán produciendo sus efectos como válidos. En ellas encontramos a tanto a los supuestos de nulidad absoluta y de nulidad relativa.

5.7.8. Nulidades de oficio.

En el derecho argentino, la nulidad absoluta como atiende a una razón de orden público, cualquiera puede pedirla, e incluso el juez puede y debe declararla de oficio. En efecto, sin que haya mediado solicitud de persona interesada si es un caso de nulidad absoluta el juez puede declararla oficiosamente sólo que la causa de nulidad sea manifiesta.²⁶⁰ El artículo 387 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, permite la “Nulidad de oficio”, si la nulidad absoluta *es manifiesta al pronunciar la sentencia*, puede invocarse oficiosamente.

En la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal de 1928 se estableció el que *las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez*, aunque el texto de la ley expresamente no lo señala; al contrario, del texto legal, pareciera ser que sólo puede llegarse a la nulidad cuando se invoque por la vía de acción de nulidad, o se haga valer por la vía de excepción de nulidad; sin embargo, dentro de la doctrina mexicana hay quienes estiman lo contrario. Jorge Sánchez Cordero es uno de ellos, y subraya: “*Respecto a la acción de nulidad absoluta, el juez debe también hacerla valer de oficio, específicamente cuando es el interés público el que esté en juego.*”²⁶¹

5.7.9. Por vía acción y por vía excepción.

Toda vez que en el derecho mexicano, por regla general, no se admiten las nulidades de pleno derecho, salvo los casos expresamente así señalados. Toda nulidad debe ser declarada judicialmente. Robles Farías expone que “*La nulidad puede ejercerla como acción o como excepción...*”²⁶² Por lo tanto, las formas para lograrlo son

²⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, op. cit., p. 317

²⁶⁰ Cfr. BORDA, Guillermo A., op. cit., p. 541

²⁶¹ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., op. cit., p. 99

²⁶² ROBLES FARÍAS, Diego, op. cit., p. 356

vía acción, mediante demanda en la que cualquier interesado en ello ejercite la acción de nulidad absoluta fundada en la incapacidad de goce, o bien, a través de demanda por parte del incapaz de ejercicio, a través de su representante, en la que ejercite la acción de nulidad relativa del acto jurídico que se trate, fundada en la incapacidad de ejercicio de su representado.

También puede lograrse el pronunciamiento de nulidad *vía excepción*; es decir, si en un acto jurídico realizado se actualiza una incapacidad de goce, y en virtud de ese acto, el incapaz de goce, con motivo de dicho acto, ejercita alguna acción en contra de su contratante o cualquier persona interesada, éste demandado, podrá oponer la *excepción de nulidad* por la incapacidad de goce del demandante. De igual manera, se podrá excepcionar pidiendo que se declare la nulidad absoluta de ese acto debido a su incapacidad de ejercicio, cuando en un acto jurídico se actualiza una incapacidad de ejercicio, por haber celebrado un acto jurídico directamente un incapaz de ejercicio si la intervención de sus legítimos representantes, y en virtud de dicho acto, el incapaz fuera demandado; entonces, el incapaz a través de su representante, podrá oponer la excepción de nulidad relativa por incapacidad de ejercicio.

5.8. Diferencias entre inexistencia y nulidad.

Así lo reconoce la doctrina mexicana que entre inexistencia y nulidad existen notadas diferencias: Manuel Borja Soriano,²⁶³ Rafael Rojina Villegas, Ernesto Gutiérrez y González,²⁶⁴ Ignacio Galindo Garfias, Manuel Bejarano Sánchez, entre otros más, así lo reconocen. Verbigracia, señala Rafael Rojina: “en el derecho civil mexicano será un grave error confundir la nulidad con la inexistencia [...] Habrá entonces una radical diferencia también entre la inexistencia y la nulidad, tomando en cuenta las causas de una y de otra.”²⁶⁵ Las causas que la originan la inexistencia del acto jurídico son la falta de requerimientos constitutivos que son distintos a aquellos que motivan la nulidad; conduce a la nulidad el carecer de algún requisito de validez; así mismo, la nulidad tiene como presupuesto el que previamente se reúnan los requisitos de existencia.

Sobre la inexistencia del acto, Galindo Garfias se pronuncia en el sentido que, éste se ataca al acto de manera tan profunda “*que no permite siguiera que dicho acto nazca.*”²⁶⁶ A diferencia del acto nulo, que existe pero está afectado en cuanto a la validez, como cualidad que el acto debe tener para producir plenamente sus efectos, según su naturaleza, sin que se vea amenazado en cuanto a su válida conformación;

²⁶³ Refiere además que el propio Código Civil de 1928, distingue claramente entre inexistencia y nulidad absoluta. BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 108 y 109

²⁶⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones, op. cit.*, p. 259

²⁶⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 128 y 132.

²⁶⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, PORRÚA, México, 1987, p. 245

surte efectos de validez, mientras no se tenga una sentencia en la que se decrete la invalidez del mismo. Los elementos esenciales son los de definición del acto jurídico, si falta uno, no se concreta el mismo; los de validez, suponen el acto ya definido, pero que adolece, sin embargo, de otros elementos necesarios para la existencia perfecta de los mismos.

5.9. Enfoque doctrinal y legal sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad.

Sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad, Planiol & Ripert señalan *“cuando un acto es inexistente, la ley no necesita anularlo; es un acto que en verdad no se ha realizado, y que sólo existe en apariencia, siendo ésta lo que está a discusión. En el fondo nada existe que pueda ser anulado por la ley.”*²⁶⁷ Desde el punto de vista doctrinal, en el derecho mexicano, como ya lo precisábamos, existen sendas diferencias entre inexistencia y nulidad relativa, entre inexistencia y nulidad absoluta algunas semejanzas y algunas similitudes; entre nulidad absoluta y relativa, hay diferencias y algunas semejanzas, que pretendemos explicar en los puntos siguientes.

5.9.1. Diferencias entre inexistencia y nulidad en el derecho mexicano.

Desde el enfoque de la doctrina basada en nuestra ley civil mexicana las diferencias son:

1. La inexistencia se refiere a la esencia del acto,²⁶⁸ tiene que ver con la falta de requisitos para su conformación o constitución; la nulidad califica la validez o invalidez del acto ya constituido.

2. La inexistencia se genera por falta de los elementos esenciales (voluntad, objeto posible y solemnidad), son elementos constitutivos de acto jurídico; la nulidad por falta de los requisitos de validez (capacidad de las partes, que la voluntad no esté viciada, la formalidad, y la licitud en el objeto), si al acto constituido falta cualquiera de ellos, existe de manera imperfecta, está afectado de nulidad.

3. La inexistencia, en primer término, subraya Borja Soriano, que el acto inexistente, “no puede producir ningún efecto. ¿Cómo de la nada podría salir alguna cosa?”²⁶⁹ Ernesto Gutiérrez y González nos dice: “Un acto jurídico inexistente está en

²⁶⁷ PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, (Trad. Leonel Pereznieta Castro, Oxford University Press, México, 2004, p. 59

²⁶⁸ “A diferencia de la nulidad, la inexistencia se dirige a la esencia del acto, y le niega toda posibilidad de existencia y por consiguiente no puede adquirir validez por confirmación ni por prescripción pues para ello se requeriría que el acto tuviera existencia y de ello carece de un modo total.” GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 270

²⁶⁹ BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 95

la imposibilidad absoluta de engendrar, como acto jurídico, una consecuencia jurídica cualquiera.”²⁷⁰ Por su parte Rafael Rojina señala que: “*es la nada jurídicamente hablando*”;²⁷¹ sin embargo, no lo es en términos totales, al ser la nada jurídicamente hablando, sólo lo es en relación al acto que las partes pretendían celebrar, no engendra las consecuencias jurídicas pretendidas por las partes, ni aun de carácter provisional,²⁷² Rojina Villegas expone que si la inexistencia “*es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que aquel acto inexistente produjo efectos cuando era inexistente*”;²⁷³ la nulidad en cambio, implica que el acto jurídico afectado de ella, produce los efectos de validez pretendidos por las partes, de manera provisional, los que serán destruidos retroactivamente con la sentencia de nulidad.

4. Para la inexistencia, desde el punto de vista de la teoría jurídica, no se requiere declaración judicial en ese sentido; Baudry-Lacantinerie, estima que si acaso interviene la justicia es “para comprobar la inexistencia del acto”, por ello, no se necesita la participación del juez para nulificar lo que no existe, ¿Cómo se podría anular la nada? ¿Cómo se puede matar a un muerto? En caso de disputa sobre si existe o no, el juez meramente la comprobará, no sería por tanto comprensible su anulación.²⁷⁴ En la inexistencia, Gutiérrez y González señala “No es necesaria una declaración judicial de inexistencia del acto [...] la autoridad judicial la constata, no la declara, en tanto que la nulidad la decreta el juez.”²⁷⁵ En cambio, para la nulidad, simplemente no la habría si no hubiera una sentencia judicial que así lo resuelva. La inexistencia es previa a toda declaración, en el caso de que se suscitara controversia entre particulares sobre si existe o no el acto jurídico, la intervención del juez –señala Ricardo Treviño– será meramente para reconocer la inexistencia en razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo.²⁷⁶ Es decir, cuando exista la zozobra acerca de si un acto jurídico es inexistente, no porque sea obligado, pero para disipar dudas, puede ejercitarse la acción declarativa de inexistencia, en ella el juez simplemente constatará, si es el caso, que el acto jurídico no se constituyó, y por tanto, de él no se pueden derivar los efectos deseados.

En suma; ²⁷⁷ *el acto inexistente*: 1. No produce los efectos jurídicos; 2. No se puede confirmar o ratificar, por lo que, no puede ser convalidado por ratificación

²⁷⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, Intervivos y Mortis causa, Porrúa, México, 1998, p. 363

²⁷¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 123

²⁷² Pueden producirse otros efectos jurídicos, pero no los que conforme a Derecho debían corresponder al acto inexistente. La inexistencia no es la nada en términos absolutos, sólo inexistencia en relación al acto pretendido. Puede quedar como un hecho jurídico distinto, y de allí derivar consecuencias jurídicas.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Cfr. [BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Précis de Droit civil*, t. I. núms. 102-13], en BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 96

²⁷⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, *op. cit.*, p. 363 y 369.

²⁷⁶ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 77

²⁷⁷ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 231

expresa o tácita; 3. No prescribe pues *“sino existe tal acto jurídico, si es la nada, entonces el tiempo no puede convertir la nada en acto jurídico;”*²⁷⁸ 4. Cualquier interesado la puede invocar. 5. No necesita declararse judicialmente, por lo que opera ipso iure. **La nulidad absoluta:** 1. Sí produce efectos provisionales; 2. Necesita declararse judicialmente; 3. Los efectos se destruyen retroactivamente a partir de que el juez decreta la nulidad; 4. No se puede confirmar; 5. No prescribe; 6. Cualquier interesado la puede invocar. **La nulidad relativa,** 1. Produce efectos provisionales; 2. Necesita declararse judicialmente; 3. Se puede confirmar; 4. Prescribe; 5. Sólo la parte afectada la puede hacer valer.

5.9.2. Diferencias entre la nulidad absoluta y nulidad relativa.

Partiremos de tres criterios de distinción entre una y otra; el primer criterio será por su fundamento en el *tipo de interés que tutelan*; el segundo, por *los supuestos que las motivan* a una y a otra; y el tercero, *las características* que corresponden a una y otra nulidad.

a) Por el primer criterio (el *tipo de interés que tutelan*), tenemos que la nulidad absoluta se fundamenta en el interés colectivo, es una sanción con la que se tiende a proteger el orden público; la nulidad relativa, en cambio se apoya en el interés privado o particular.²⁷⁹

b) Por el segundo criterio que consiste en (*los supuestos que las motivan*); los supuestos que dan origen a una y a otra nulidad tenemos: *La nulidad absoluta* tiene como presupuesto la ilicitud en el objeto del contrato, y proponemos que la incapacidad de goce que se apoya también en el orden público, sea también sancionada con esa consecuencia. *La nulidad relativa*, en cambio, tiene como presupuestos, cualquiera de los siguientes: que haya vicios en la manifestación de voluntad o en el consentimiento; la incapacidad de ejercicio del contratante; y la omisión de la forma exigida por la ley.

c) Por el tercer criterio, consistente en (*las características*) que corresponden a una y otra nulidad obtenemos que: La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona interesada, mientras que la nulidad relativa sólo puede ser ejercitada *“por la parte a quien la ley ha querido proteger; la nulidad relativa sanciona la violación de una norma jurídica que tiene un fin de interés particular;”*²⁸⁰ por tanto, sólo puede ser invocada por el incapaz de ejercicio o su legítimo representante, así como quien padece el vicio de la voluntad; en el caso de falta de forma, cualquier

²⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 123

²⁷⁹ “La nulidad relativa sanciona la violación de una norma jurídica que tiene un fin de interés particular. Tradicionalmente se ha considerado en este contexto la procedencia de nulidad relativa por vicios del consentimiento, falta de forma (con excepción de la solemnidad) y por incapacidad.” TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 221

²⁸⁰ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 100

interesado puede pedir la nulidad relativa sustentada en ésta causa. La nulidad absoluta es imprescriptible; la relativa es prescriptible.²⁸¹ La nulidad absoluta no es convalidable; la relativa es convalidable, a través de la ratificación o confirmación del acto, incluso por el cumplimiento voluntario del mismo equivale a una ratificación tácita.

5.9.3. Semejanzas entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

1. Tienen *características comunes la inexistencia con la nulidad absoluta*; la primera estriba en que ambas no pueden convalidarse de ninguna manera, por tanto *ambas no son susceptibles de valer por confirmación*; la segunda en que ambas son imprescriptibles; y la tercera semejanza en que ambas pueden ser invocadas por todo interesado; en cuanto a la titularidad de la acción de nulidad absoluta y de la acción declarativa de inexistencia, Sánchez-Cordero Dávila nos refiere que “La inexistencia y la nulidad absoluta pueden ser hechas valer por todo interesado, o más precisamente por cualquiera que tenga un interés jurídico. Esto se explica en atención a que la nulidad absoluta sanciona la violación de normas jurídicas que protegen el interés general; pero se circunscribe a quienes tengan interés jurídico, como pueden serlo las partes, sus causahabientes, los terceros y el juez. En relación al tercero es de precisarse que éste deberá probar tener un interés jurídico (vgr. Los acreedores de una de las partes, etcétera). El tercero absoluto (*tiers penitus extranei*) no puede ejercitar ésta acción.”²⁸² Se requiere que haya interés jurídico para invocar la inexistencia. Porque no cualquiera a quien no lesione el acto inexistente, está facultado para invocarla.”²⁸³ Lo mismo que para la nulidad absoluta, sólo el que tenga un interés puede invocarla.

2. No hay *características comunes entre inexistencia y nulidad relativa*, sus diferencias son diametralmente opuestas.

3. *Características comunes entre nulidad absoluta y nulidad relativa*; 1. No operan ipso iure, 2. Producen efectos de validez mientras no haya sentencia de nulidad o mientras no prescriba la acción de nulidad para los casos de la relativa; 3. Con la sentencia de nulidad se destruyen retroactivamente sus efectos; y 4. Declarada judicialmente, la nulidad sea absoluta o relativa, una vez pronunciadas, producen los mismos efectos,²⁸⁴ que además de dejar sin efectos al acto de manera retroactiva, implican la restitución de las prestaciones que hubieren dado cuando naturalmente es posible.

²⁸¹ La acción de nulidad relativa puede extinguirse por confirmación o prescripción. *Ibidem*, p. 101

²⁸² *Ibidem*, p. 99

²⁸³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, *op. cit.*, p. 123

²⁸⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 126

5.10. Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre inexistencia y nulidad.

1. El criterio más reciente adoptado sobre la temática que se aborda; si bien, no constituye jurisprudencia, refleja la postura Judicial. La Tesis aislada, de la Novena Época, bajo el registro: 168113, cuya fuente es el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, Enero de 2009, materia Civil, Tesis: 2a. CLXIII/2008, consultable en la pág. 785, con el rubro “INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. DEBEN DETERMINARSE JURISDICCIONALMENTE.”²⁸⁵

No estamos de acuerdo con el criterio sustentado en lo que se refiere de manera especial con el rubro, en el sentido de que la inexistencia deba determinarse judicialmente, pues primero, contraviene a la esencia de ésta figura ya que la inexistencia, al ser la nada jurídica en relación al pretendido acto, éste no puede engendrar consecuencia alguna, como tal; en segundo orden, porque la doctrina jurídica desde Bonnet hasta la actual, consideran lo contrario, esto es, que la inexistencia no requiere declaración judicial.²⁸⁶ Y Tercero, porque del cuerpo o texto de la misma se desprende que *“es necesaria la intervención jurisdiccional para comprobar la inexistencia del acto,”* con ello estamos parcialmente de acuerdo en lo que respecta a la necesidad de la intervención judicial, pero *sólo para comprobar*, lo que, desde nuestra perspectiva, implica la intervención judicial meramente para comprobar; lo que significa, verificar o constatar que el acto no existía; pero no al grado de ser estrictamente indispensable para la inexistencia del mismo. “La inexistencia, según lo hemos consignado en lo precedente, es un hecho que el juez “constata” y no declara, como sucede con la nulidad, que es una “sanción jurídica”.²⁸⁷ Por tanto, en la nulidad es menester para ella, de la declaración judicial; para la inexistencia no, pues en caso de que sea controvertida, el juez simplemente la constata.

²⁸⁵ El rubro y texto son los siguientes: “INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. DEBEN DETERMINARSE JURISDICCIONALMENTE.” *Si bien es cierto que tanto el Código Civil Federal como la doctrina establecen diferencias entre inexistencia y nulidad (absoluta y relativa), también lo es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado, en algunos precedentes, que esas diferencias son meramente teóricas y, en otros, que sí existen, lo que denota que las distintas integraciones del Máximo Tribunal de la República no han escapado al debate doctrinal suscitado al respecto. No obstante, la doctrina, la ley y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, en sus distintas épocas, convergen en que es necesaria la intervención jurisdiccional para comprobar la inexistencia del acto, o bien, para declarar su nulidad, de donde deriva que tanto la inexistencia como la nulidad de los actos jurídicos deben determinarse jurisdiccionalmente.* Con motivo de la Contradicción de tesis 146/2008-SS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito y el entonces Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito (actualmente Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del propio circuito). 26 de noviembre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Francisco García Sandoval.

²⁸⁶ Vid. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 231, también a BAILÓN, Rosalío, *Formulario de Nulidades Civiles*, Limusa, México, 2005, p. 17

²⁸⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los actos procesales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 439, en el mismo sentido se expresa, considera que el decreto judicial, no es constitutivo de la inexistencia. RAMÍREZ BAQUERO, Edgar, *Ineficacia en el Negocio Jurídico*, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 32

2. De la Octava Época, tenemos otra Tesis Aislada proveniente de los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo registro es 214439, Consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, de Noviembre de 1993, Materia Civil, en la pág. 384, con la voz de “NULIDAD E INEXISTENCIA DE UN ACTO JURIDICO. SUS DIFERENCIAS SON SOLO TEORICAS.”²⁸⁸ Lázaro Tenorio sobre ésta interpretación se expresa como sigue: “Disentimos con la tesis jurisprudencial que sostiene la idea de que la distinción entre inexistencia y nulidad es meramente teórica.”²⁸⁹ Refiere el caso de un matrimonio que en lugar de haberse celebrado ante el Registro Civil, se hubiera hecho ante un Notario Público, un típico caso de inexistencia por falta de elementos esenciales. En relación a lo anterior, hacemos la consideración siguiente: es definitivo que entre los presuntos o supuestos esposos (pues no lo son), independientemente de la constatación judicial que se pudiera suscitar ese hecho, nunca producirá efectos legales como matrimonio; otra cosa distinta con la que se suele mezclar y que no debemos confundir, es la relación paterno-filial que en su caso pudiera actualizarse, las obligaciones alimentarias, por ejemplo, que en éste caso se llegaren a suscitar, derivarían del parentesco, mas no del pretendido matrimonio que no existe como tal, y por tanto, tampoco puede engendrar consecuencias como matrimonio, tan es así, que éste supuesto, válidamente no podría ser el sustento para acceder a la sucesión legítima del o de la cónyuge supérstite. De lo anterior, obtenemos una diferencia radical entre inexistencia y nulidad absoluta, la primera jamás produce efectos ni provisionalmente; la segunda, produce efectos mientras no haya sentencia que la decrete.

3. De la Séptima Época tenemos la también Tesis Aislada, con registro 239988, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, del Semanario Judicial de la Federación. Volumen 205-216, Cuarta Parte. Materia Civil, Página: 116, cuyo rubro es

²⁸⁸ Época: Octava Época. Registro: 214439. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII, Noviembre de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 384. NULIDAD E INEXISTENCIA DE UN ACTO JURIDICO. SUS DIFERENCIAS SON SOLO TEORICAS. *El Código Civil del Estado de México prevé en diversos artículos, como el 2078, la inexistencia de un acto jurídico por falta de consentimiento u objeto materia del mismo. En cambio, en otros numerales como el 2084 del invocado cuerpo legal, habla de nulidad por vicios del consentimiento. De esa manera, la falta de consentimiento en el contrato origina su inexistencia, pero también puede considerarse nulo el acto jurídico cuando existen vicios en el consentimiento. Consecuentemente, las diferencias entre estas dos figuras jurídicas son meramente teóricas y no legales, pues el efecto de la declaración de nulidad o inexistencia es el mismo: privar de eficacia jurídica el consenso.* Amparo directo 377/93. José César González. 25 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretario: José Luis Flores González. Reitera el criterio sustentado en la tesis número 1216, página 1954, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988.

²⁸⁹ “No obstante la tesis de jurisprudencia, discrepamos en cuanto a la opinión generalizada que se propone, toda vez que existen actos jurídicos como el matrimonio, cuyos efectos difieren notablemente en cuanto hace a la nulidad e inexistencia; pues la primera produce efectos jurídicos por lo que se refiere a los cónyuges, a los hijos y a los bienes (artículos 261, 262 del Código Civil, etcétera), en tanto que la inexistencia no, así sucede cuando el matrimonio no se celebró ante el Registro Civil sino ante notario público.” TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación”, *op. cit.*, p. 189 y 220.

NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON CONCEPTUALES Y SIMPLEMENTE TEORICAS, Y SUS SANCIONES SON SEMEJANTES.²⁹⁰ Respecto a la misma, también disentimos, ya que no se hace un análisis completo de todas las características tanto de la nulidad absoluta como de la inexistencia, sólo en algunas características son coincidentes;²⁹¹ en otras no;²⁹² y entonces, no por el hecho de que en algunas características sean coincidentes debemos concluir que son lo mismo; además, no estamos de acuerdo que sólo hasta obtener la declaración de inexistencia se priva de efectos al acto inexistente; la sentencia de inexistencia no es constitutiva, sólo constata lo que previo a ella se tenía.

4. De la Sexta Época tenemos la también Tesis Aislada, con Registro 270028, Tercera Sala, del Semanario Judicial de la Federación, Volumen XCVI, Cuarta Parte, Pág. 67. - 1-Volumen XI, página 130, citada a la voz de NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS.²⁹³ No compartimos la interpretación

²⁹⁰ Época: Séptima Época. Registro: 239988. Instancia: Tercera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 205-216, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Página: 116. NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON CONCEPTUALES Y SIMPLEMENTE TEORICAS, Y SUS SANCIONES SON SEMEJANTES. *Si por actos inexistentes debe entenderse, aquellos que adolecen de un elemento esencial, ya sea el consentimiento o el objeto, y que no reúnen los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su finalidad, y en ausencia de los cuales, lógicamente es imposible concebir su existencia; y por cuanto se refiere a los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta, puede sostenerse que son aquellos en que el acto se ha realizado de manera imperfecta, aunque sus elementos esenciales se presenten completos, ya que al haber sido celebrados sin observar las reglas imperativas establecidas en la ley, carecen de perfección conforme a las normas previstas para garantizar la defensa del interés general o de orden público, y así, asegurar la protección de un interés privado; es indudable que, atento lo anterior de conformidad con los artículos 2078, 2079 y 2080 del Código Civil del Estado de México, el acto jurídico que adolezca de objeto o de consentimiento, o haya ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, no es susceptible de valer ni desaparecer por confirmación, cuyos vicios pueden invocarse por todo interesado, a efecto de prevalecerse contra los mismos. En tal virtud, al ser iguales las sanciones para tales actos, por consistir en que no pueden engendrar alguna consecuencia jurídica, pues aunque produzcan provisionalmente ciertos efectos, éstos se retrotraerán al momento en que se declarase judicialmente la nulidad absoluta o la inexistencia, con lo que se destruye el acto de que se trate, tales circunstancias implican que, en la realidad, las diferencias entre nulidad absoluta e inexistencia, son puramente conceptuales y teóricas, de acuerdo con la doctrina. Por lo cual, si el matrimonio es un contrato civil, como así se establece en el párrafo tercero del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente que las nulidades y las inexistencias de los actos jurídicos pueden afectar el matrimonio, en razón de ser un contrato; y sin embargo, es válido afirmar que el matrimonio como contrato tiene particularidades y efectos, de las que los demás actos jurídicos y contratos no participan y, consecuentemente, las sanciones civiles que se aplicaren, en el caso de nulidad absoluta o de inexistencia, sustraen al matrimonio del régimen general de las nulidades y de las inexistencias, por lo que los hijos habidos dentro de un matrimonio declarado nulo, deben conservar su filiación, según lo estatuye el artículo 326 del Código Civil del Estado de México.* Amparo directo 4060/85. Félix Humberto Esparza Valdez. 13 de octubre de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Virgilio Adolfo Solorio Campos. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, tesis 197, página 590, bajo el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS."

²⁹¹ Véase el punto 5.9.3. *Semejanzas entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.*

²⁹² Véase el punto 5.9.1. *Diferencias entre inexistencia y nulidad en el derecho mexicano.*

²⁹³ Del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, tesis 197, página 590, bajo el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS." *El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados*

primero, porque hay una lamentable confusión y una desafortunada interpretación del máximo Tribunal, que por desgracia, sin el mayor análisis, se ha sostenido; por fortuna no es criterio jurisprudencial, y con un mejor análisis, puede llegar a darse un replanteamiento en la interpretación.

La tesis en comento parte del supuesto, “que el trato que por ley (*Código Civil del Distrito Federal, todos los numerales a los que nos referamos son de dicho cuerpo normativo*) se les da a las inexistencias es el de las nulidades;” textualmente señala “*el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades,*” lo que resulta del todo inaceptable, en primer lugar porque el propio artículo 2224, de manera expresa señala que “*El acto jurídico inexistente, no producirá efecto legal alguno.*” A diferencia de la nulidad absoluta, a la que la ley le atribuye efectos de

como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; mas sin embargo, en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén factiespecies de inexistencia y se les trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, no hay sino decir que esta situación no se compagina con la institución de la inexistencia, que es la nada jurídica. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad, mismo que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las "Notas" de García Téllez inspiró la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: "Cuando una persona, dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aún contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior". Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de la teoría tripartita de la invalidez podría ser un caso de inexistencia, por lo que tomando en cuenta que conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescriptible. Amparo directo 8286/63. Concretos Premezclados, S. A. 24 de junio de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Sexta Época, Cuarta Parte: 270028. Tercera Sala. Sexta Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen XCVI, Cuarta Parte, Pág. 67. -1-Volumen XI, página 130. Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 238, página 751, bajo el rubro "MINUTA FUERZA LEGAL DE LAS.". Nota: En el Volumen XI, página 130, la tesis aparece bajo el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. PRESCRIPCION DE LA ACCION DE, POR SIMULACION (LEGISLACION DE HIDALGO).".

validez. En efecto, el artículo 2226, es el sustento de tal aseveración y establece: *“la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad.”* Lo anterior constituye una radical diferencia; esta situación es corroborada también por la doctrina, en cuanto a que, la inexistencia no surte ningún efecto²⁹⁴ y que al contrario, la nulidad surte efectos de validez mientras no haya resolución judicial que la decrete.

En segundo orden, los “supuestos casos de inexistencia” constituyen una desacertada interpretación judicial de los mismos, pues todos los numerales a los que refiere como inexistencias por falta de objeto, realmente son nulidades. No dudamos en reconocer que la falta de objeto posible origina la inexistencia, empero, se estima que los numerales a los que se refiere la tesis, a los que nos referiremos enseguida, no entrañan “objeto imposible”, sino “objeto ilícito”, con consecuencias jurídicas distintas. Nos referiremos de manera puntual a cada una de las disposiciones que en la interpretación, el máximo Tribunal del país, en su momento hizo la desafortunada consideración que son casos de inexistencia. Comenzaremos primeramente con los artículos 1427, 1422 y 1434, donde se prevén las supuestas *“factiespecies de inexistencia”*, como las denomina la tesis, a las que se les trata como nulidades.

El primero de los supuestos casos de inexistencia es el del artículo 1427 que establece *“Es nulo el legado que el testador hace de cosa propia individualmente determinada, que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia.”* Se estima que no se trata de una inexistencia sino de un supuesto de nulidad, por lo que sigue: Primeramente el legado sólo existe en función de un testamento; éste, como cualquier acto jurídico, debe colmar los elementos esenciales y los de validez. Los elementos esenciales del testamento además de la solemnidad, son la manifestación de voluntad del testador y el objeto posible que, en el particular, “es la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos;”²⁹⁵ basta la actualización de cualquiera de ellos para que se cumpla el requisito del objeto posible.

Si falta alguno de ellos, no existe testamento, y por consecuencia, el pretendido legado que se hubiera consignado en el mismo; en caso contrario, es decir, satisfechos los requisitos esenciales, el testamento existe; después, habrá que analizarse la validez del mismo; por el momento, para lo que nos proponemos, no es necesario el análisis de todos los elementos de validez; no obstante, resulta importante subrayar que la ley es categórica sobre el contenido de los legados y en base a ello, determinar los casos de nulidad de éstos. En el escenario general de los legados, y en particular, sobre lo que refiere el comentado artículo 1427 es sustancial destacar, que éste tipo de legado

²⁹⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, op. cit., p. 363

²⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Bienes, derechos reales y sucesiones, Porrúa, México, 1988, p. 390

se refiere a *“cosa propia individualmente determinada, que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia.”* El contexto de éste artículo es que, cuando se hizo el testamento, la cosa propia individualmente determinada era propiedad del testador, pero a su muerte, ya no se encuentra en su esfera de dominio; es también de recalcar, que **no se refiere a la inexistencia de la cosa**, sino a que la cosa **no se encuentra ya en la herencia** al momento de la muerte del testador; por ello, consideramos que no se puede considerar como falta del objeto por inexistencia de la cosa en la naturaleza. Adicionalmente, en materia de legados, el Código Civil no se refiere necesariamente a la existencia de los bienes legados en el patrimonio del difunto, puede inclusive, válidamente haber **legado de cosa ajena**; así lo consagra el artículo 1432 que prescribe: *“El legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido y el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario o a dar a éste su precio.”* En ésta dirección, sobre los bienes que están fuera del patrimonio del autor de la herencia, Rojina Villegas explica que *“esto no implica una imposibilidad para la transmisión testamentaria, ya que el testador puede imponer al heredero o al albacea, la obligación de adquirir bienes ajenos para dejarlos en legado, de tal manera que pueden transmitirse bienes que no pertenecen al testador”*.²⁹⁶

Por lo anterior, el supuesto previsto en el artículo 1427 de la citada ley, no es un caso de falta de objeto o de objeto imposible, sino más bien, de objeto ilícito; por lo tanto, no estamos propiamente ante una inexistencia como incorrectamente lo considera la interpretación judicial, sino ante un caso de nulidad, por la ilicitud del objeto; la ilicitud descansa en la contravención a una norma prohibitiva, cuya denegación descansa en que *no se puede transmitir la cosa específica legada que era propiedad del legatario, si al momento de la muerte del causante, ya no existe en su esfera patrimonial*.

El segundo de los dispositivos legales aludidos en la tesis que se analiza, es el artículo 1422 de la ley en comento que se refiere a los legados alternativos y señala: *“Si el heredero tiene la elección, puede entregar la cosa de menor valor; si la elección corresponde al legatario, puede exigir la cosa de mayor valor.”* Disposición de la que como podemos observar, nada tiene que ver, ni con la inexistencia ni con la nulidad.

El tercero de los artículos referidos en la tesis es el 1434, relativo al legado de cosa ajena, que como antes vimos, está permitido cuando lo sabe el testador y señala: *“Si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, es nulo el legado.”* Por las razones antes expresadas, el legado de cosa ajena ignorándolo el testador, también es un caso de objeto ilícito, y no de objeto imposible; por lo que, se estaría entonces, no ante una inexistencia, sino ante una nulidad. Ahora bien, se advierte la notoria la confusión en que se incurre, al concebir el *objeto jurídicamente imposible* relacionado con el *objeto ilícito*; el primero de ellos origina la inexistencia; el segundo la nulidad. Los casos previos en el criterio judicial, son de la segunda clase. Para aclarar esa

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 392

diferencia, Bejarano Sánchez explica que no debemos confundir el hecho jurídicamente imposible, con el hecho ilícito; *“el primero no es hacedero, no puede suceder; el segundo, es posible, pero está prohibido: es lo factible vedado [...] el contrato que tiene por objeto un hecho jurídicamente imposible es inexistente (art. 1794, fracc. II del CC), el que tiene por objeto un hecho ilícito existe, pero es nulo.(art. 1795, fracc. II del CC).”*²⁹⁷

Después de habernos referido a las llamadas factiespecies de inexistencia, la tesis alude otras disposiciones en las que hace una apreciación, que desde nuestro punto de vista es incorrecta. Estimamos que la gran mayoría, si no es que todos, son casos de nulidad; nos referiremos a cada uno de ellos y en el orden que lo propone dicha tesis, de manera puntual.

Los artículos 1826, y la fracción III, del artículo 2950, se refiere a la nulidad de transacciones que recaigan sobre una sucesión futura, en base a lo siguiente: el primero de ellos establece: *“Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.”* El segundo de ellos señala: *“Será nula la transacción que verse: ... III.- Sobre sucesión futura;...”* De las disposiciones transcritas se deriva una prohibición: que la herencia de una persona viva pueda transmitirse o se pueda transigir sobre ella, so pena de nulidad. Por ende, si un rasgo esencial de la herencia es ser mortis causa, entonces, sólo hasta la muerte es cuando opera la transmisión, antes de ello no es factible, sería una mera expectativa de derecho; por ello, el supuesto que se estudia constituye un caso de nulidad y no de inexistencia, ya que no nos situamos ante un hecho jurídicamente imposible, sino más bien, ante la prohibición antes señalada y conforme a la propia ley, los actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas constituyen un objeto ilícito, cuya consecuencia es la nulidad absoluta y no la inexistencia.

Posteriormente, la tesis se refiere al caso de la venta de cosa ajena como caso de inexistencia. El artículo 2270 establece: *“La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.”* Rojina Villegas considera que la venta de cosa ajena es un hecho ilícito y además un delito, pero en el aspecto civil, su consecuencia es una nulidad.²⁹⁸ Partimos de una prohibición: *“nadie puede vender, sino lo que es de su propiedad”*; se ha argumentado que si el verdadero propietario no expresa su voluntad, entonces será una inexistencia por falta de consentimiento; pero por otro lado tenemos que, en la venta de cosa ajena, *“sí existe un acuerdo”* entre el vendedor de cosa ajena y el comprador de la misma, obteniendo así el consentimiento; una situación es la falta de consentimiento y otra, que exista el consentimiento, aunque de

²⁹⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 64 y 65.

²⁹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 114

manera anormal, imperfecto, deficiente o viciado. En los elementos esenciales simplemente se busca que haya consentimiento y el objeto sea posible sin más; en los de validez se busca un análisis profundo, partiendo de los elementos esenciales; esto es, que el consentimiento que se ha dado, pero que además se haya dado de manera regular o perfecta, lo que implica que: sea dado por personas capaces; que no esté viciado y que se haya dado la forma que la ley exige para su validez. En éste particular, estimamos que *quien no es dueño de una cosa*, no goza o *carece de capacidad jurídica* para enajenarla, ubicándonos así ante una incapacidad de goce, que de confirme a lo que se viene sosteniendo en éste trabajo, debe originar la nulidad absoluta; por otro lado, también en lo que se refiere al segundo elemento de esencial, estriba en que el objeto sea física y jurídicamente posible; habiendo objeto posible, (elemento esencial), pasamos al segundo filtro, se requiere además que el objeto sea lícito, (elemento de validez). En el caso de la venta de cosa ajena, no está considerado por la ley como un objeto que sea jurídicamente imposible, por lo que entonces no es un caso de inexistencia, sino de ilicitud en el objeto: *“el contravenir a la norma prohibitiva que establece que nadie puede vender sino lo que es de su propiedad”*; un hecho ilícito²⁹⁹ y por tanto sancionado con la nulidad absoluta.

Un argumento adicional, relativo al supuesto de la venta de cosa ajena, es que la ley permite revalidarla; si fuera un caso de inexistencia, resultaría esto imposible; en cambio, estando ante un caso de nulidad, la ley permite el que se subsane esa causa de nulidad. El fundamento deriva del artículo 2271 de la citada ley que señala: *“El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida.”* El Código Civil para el Estado de Guanajuato, establece un caso adicional que permite la convalidación. 1768 *“La venta de cosa ajena surtirá sus efectos, si el propietario de la misma ratifica el contrato en forma expresa”*. Sabemos que una característica de la inexistencia consiste en el *“no ser subsanable”*; el artículo 2224 la ley expresamente señala que el acto inexistente no es susceptible de valer por confirmación, y en el caso de la venta de cosa ajena sí es posible, por lo que no estamos sino ante casos de nulidad. Rojina Villegas considera que revalidación no es lo mismo que confirmación, para convalidar actos afectados de nulidad relativa, por lo siguiente: si partiéramos de la confirmación, en la venta de cosa ajena, el perjudicado sería el comprador, y si llegara a convalidarla, la venta seguiría siendo nula; tampoco puede serlo el vendedor, incluso la voluntad de ambas partes, esto es, el vendedor de cosa ajena y el comprador de la misma, serían inoperantes para hacer válida la venta de cosa ajena. La **revalidación** supone un hecho: *“la adquisición que el vendedor de cosa ajena haga respecto de la propiedad por cualquier título”*, se necesita la **voluntad de un tercero**, que en el caso particular, sería **el legítimo propietario** de la cosa vendida.³⁰⁰

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 115.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 113

En los artículos 2042 y 2779, tampoco son casos de inexistencia; el primero de ellos establece: *“El cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso.”* Y el segundo de ellos establece: *“El contrato de renta vitalicia es nulo si la persona sobre cuya vida se constituye ha muerto antes de su otorgamiento.”*

El primero de ellos se refiere a la cesión de derechos, aunque es de precisar que la ley permite la cesión pueda ser gratuita, y más aún, que puedan cederse derechos de carácter dudoso; fuera de éstos casos, **el objeto directo** en la cesión de derechos, es **la transmisión** del derecho y se traduce fundamentalmente en obligaciones de dar; y **el objeto indirecto** es **el derecho o crédito** que se transmite. ¿Qué sucederá entonces, cuando el crédito cedido es inexistente?, el mismo artículo establece una garantía a favor del cesionario, **la garantía consiste en hacer responsable al cedente**, por lo tanto, éste no sería un caso de inexistencia; **no habría objeto imposible**, ya que aún en el caso de que el crédito cedido no existiere o no fuera legítimo; no obstante, por ello, **la cesión de derechos es válida, obligando al cedente a responder ante el cesionario**; el que el cedente esté obligado a garantizar la existencia del crédito, implica que si el crédito no existe, entonces el cedente está obligado a responder como si existiera; o si existe y está afectado de nulidad el cedente responde ante el cesionario como si fuera válido; en eso consiste la garantía que confiere el artículo respectivo. Galindo Garfias señala “La garantía objeto de ésta obligación comprende: la existencia del crédito, que el cedente es su propietario, y que puede disponer del crédito; que el derecho no está afectado de nulidad, ni adolece de ningún otro vicio y que no se han constituido derechos a favor de terceros sobre el crédito cedido.”³⁰¹ En suma, no estamos ante un caso de inexistencia; no habría objeto jurídicamente imposible, pues no obstante que el crédito cedido no existiera o fuera ilegítimo, la cesión de derechos es válida, obligando al cedente a garantizar como si existiera o como perfectamente válido el crédito cedido. La excepción que confirma la regla anterior es: a no ser que el crédito se haya cedido con el carácter de dudoso, pues entonces, el cedente queda liberado de estas obligaciones; *“el crédito es dudoso, cuando carece de alguno de los caracteres señalados y el cesionario conociendo esta circunstancia, conviene en adquirirlo, tomando a su cargo los riesgos de la adquisición.”*³⁰² Por lo tanto, al permitirse que el cesionario asuma los riesgos, se elimina también la inexistencia, pues, entonces sería un contrato aleatorio.

El segundo de los supuestos en análisis, es sobre la renta vitalicia, en el que resulta fundamental que se designe “una persona sobre cuya vida se constituya... para obtener la renta durante un tiempo incierto, que debe durar tanto como la vida

³⁰¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Comentarios al artículo 2042 del CCDF.” *Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la república en materia Federal comentado*, T. IV: Libro Cuarto, Primera Parte. De las obligaciones, 2ª. Ed. IIJ-UNAM, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1993, p.157

³⁰² *Idem*.

de la persona designada.”³⁰³ La renta vitalicia, de suyo, es un contrato aleatorio porque la circunstancia de que la obligación sea más o menos gravosa, depende de la mayor o menor vida del vitaliciado.³⁰⁴ Al ser vitalicio, se sostiene “durante toda la vida” de una persona, que puede serlo la vida del que aporta el capital, del deudor o de un tercero;³⁰⁵ lo aleatorio se tiene, por lo incierto de la duración de la pensión ya que depende de cuánto dure la vida de una persona. Aguilar Gutiérrez sobre éste particular anota: “*El acontecimiento incierto del que depende el álea, o sea la vida de una persona, puede ser o bien la del deudor o bien la del donante o la de un tercero,*”³⁰⁶

Los elementos esenciales en el contrato de renta vitalicia son el consentimiento y el objeto posible;³⁰⁷ el primero de ellos se conforma por el acuerdo de voluntades por el que se crean las obligaciones entre el pensionista y el deudor de la pensión, se traduce básicamente en obligaciones de dar; “el objeto jurídico es la creación de obligaciones de dar y el material es la cosa que se transmite, que puede ser un bien mueble o inmueble y dentro de los primeros una cantidad de dinero, capital. Por lo tanto deben existir en la naturaleza, ser determinables en cuanto a su especie, cantidad y calidad y estar dentro del comercio.”³⁰⁸ Luis Manuel Meján, estima que el objeto de éste contrato es por un lado la pensión periódica, y por el otro, la propiedad del dinero o de los bienes muebles o inmuebles que se transmiten al obligado.³⁰⁹ Como podemos observar, éste autor se refiere a lo que doctrinariamente se conoce como objeto indirecto.

Cumpléndose con los elementos esenciales que hemos señalado, existe el contrato, de renta vitalicia que además, es consensual en oposición a real. Por otro lado, es necesaria la justificación de la existencia de la vida contemplada para reclamar la renta. Nos señala Toral Lara, que no se puede exigir la pensión sin haberse demostrado que vive la persona sobre cuya vida se ha constituido.³¹⁰ Por tanto, es un presupuesto para la exigibilidad de la pensión, y no para la existencia del contrato; así las cosas, y por no tratarse de una imposibilidad jurídica del objeto, sino de una ilicitud del objeto, el caso particular al que nos estamos refiriendo, se concibe,

³⁰³ MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo IV, Tratado de obligaciones y contratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 266

³⁰⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, “Síntesis del Derecho Civil,” *Panorama del Derecho Mexicano, Tomo, II*, IJ-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1966, p. 113

³⁰⁵ MÉJAN, Luis Manuel, *Contratos Civiles*, Oxford, México, 2004, p. 149

³⁰⁶ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, “Síntesis del Derecho Civil,” *op. cit.*, p. 114

³⁰⁷ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los Contratos Civiles y sus Generalidades*, Editorial Mc. Graw-Hill, México, 2007, p. 791

³⁰⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, Porrúa, México, 1999, p. 326

³⁰⁹ MÉJAN, Luis Manuel, *op. cit.*, p. 148

³¹⁰ TORAL LARA, Estrella, *El contrato de Renta Vitalicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Privado, Salamanca, 2008, p. 435

tanto por la ley como por la doctrina, como un caso de nulidad y no como una inexistencia.

Ricardo Treviño la considera como *“nulidad de la renta vitalicia que se constituye sobre la vida de una persona ya muerta.”*³¹¹ En el mismo rumbo estima Aguilar Gutiérrez que es nulo el contrato de renta vitalicia, si a su otorgamiento ya no vive la persona sobre cuya vida se ha constituido.³¹² Bernardo Pérez Fernández del Castillo, también estima que es un caso de nulidad haciendo la siguiente reflexión: *“Esto significa que si el contrato se celebró sin tener conocimiento de que la persona había fallecido, existe error en el motivo determinante de la voluntad y por lo tanto, no nació la obligación de pagar la pensión.”*³¹³ La intención del legislador es darle la posibilidad al deudor de la pensión o renta, para solicitar se pruebe la existencia de la vida de la persona que se trate, cuando lo considere necesario. *“Se le atribuye, por tanto, una mera facultad que puede ejercitar o no, pero cuya falta de ejercicio no impide que el deudor repita las rentas pagadas habiendo fallecido la vida contemplada.”*³¹⁴

El último de los artículos mencionados en la respectiva tesis, el 1802 del Código Civil para el Distrito Federal establece: *“Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.”* Luego el segundo párrafo del mismo señala: *“Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.”*

En el orden lógico-jurídico, para que una persona pueda actuar en nombre de otra, requiere ser habilitada por ésta a través de las formas de representación ya sea legal o voluntaria. La falta de representación se relaciona con una falta de capacidad que conforme a la teoría de las nulidades y a la legislación civil, es motivo de nulidad. Habiendo consentimiento y objeto posible, el acto jurídico existe; el problema estará en la prohibición que está implícita en la disposición analizada, y que desde nuestra perspectiva, consiste en que, *nadie puede actuar a nombre de otro sin ser su representante*, lo que desde luego, constituye un hecho ilícito, un objeto ilícito y por lo tanto, la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta. En contra de ésta aseveración, erróneamente se ha dicho que, al no haber voluntad del falsamente representado, entonces, se impide la formación del consentimiento, y por ende, es inexistente el acto jurídico; sin embargo esto no es así; partimos de una realidad que es el acuerdo de voluntades entre el falso representante y su contratante, derivando de esto el

³¹¹ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los Contratos Civiles y sus Generalidades*, op. cit., p. 793

³¹² AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, “Síntesis del Derecho Civil,” op. cit., p. 114

³¹³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, op. cit., p. 327

³¹⁴ TORAL LARA, Estrella, op. cit., p. 437

consentimiento, que si bien, se ha formado de manera anormal, pero lo hay, y para la existencia del contrato, con ello es suficiente; el acto existe. Por esta razón, y atendiendo también al principio *res inter alios acta*, ese acuerdo, sólo afecta al falso representante y quien ha contratado con él, pues si entre ellos se dio el acuerdo, por ésta razón es que la ley considera que quien ha contratado con el falso representante, sólo tiene acción contra éste y no contra el indebidamente representado. En resumen, el contrato existe, pero únicamente puede afectar a los contratantes; el verdadero dueño, será un tercero en relación al mismo, quien además, tiene interés jurídico, y por ende está facultado para demandar la nulidad absoluta del contrato en cualquier momento, ya que ésta es imprescriptible.

Por otro lado, estimamos que *quien no goza de facultades de representación, carece de capacidad jurídica para actuar en nombre de otro*, ubicándonos ante un supuesto de incapacidad de goce, si no se tiene determinado derecho, no podría ejercitarse por sí o por interpósita persona, y de acuerdo a lo que venimos trabajando, debe originar la nulidad absoluta. En suma, no es un caso de inexistencia, sino de ilicitud en el objeto: *“el contravenir a la norma prohibitiva que establece que nadie puede vender sino lo que es de su propiedad”*; un hecho ilícito³¹⁵ y por tanto sancionado con la nulidad absoluta; también, de acuerdo a lo que por éste trabajo proponemos, es un caso de incapacidad de goce cuya consecuencia también debe ser la nulidad absoluta y no de inexistencia, como se sugiere en la tesis; así las cosas, todos los interesados, *-teniendo cabida en éste supuesto, el falsamente representado, lo mismo que quien ha contratado con el falso o supuesto representante-*; tendrán en todo tiempo como interesados jurídicos, facultad para ejercitar la acción de nulidad absoluta.

Sobre éste criterio, no creemos que sea suficiente con señalar que a algunos casos de inexistencia, la ley les considere como nulidades; lo cierto es que cada una de ellas tiene características consubstanciales a su individualidad, y el que en ciertos aspectos se asemejen, no es un argumento sólido y sobrado para concluir que produzcan los mismos efectos, lo cual resulta por demás totalmente imposible; y por ende, inadmisibile, habida cuenta de que la inexistencia no produce efecto jurídico alguno respecto al acto pretendido; en segundo lugar, la misma interpretación Judicial a la que nos estamos refiriendo en éste punto, admite que hay diferencias teóricas o doctrinales entre ambas figuras, lo que consideramos que es útil, pues clarifica lo de suyo embrolloso del tema; pensemos en un caso que se pretende la intervención judicial, *¿Qué acción se ejercitará?, ¿Qué elementos fácticos y jurídicos se señalarán?, ¿qué pruebas se rendirán?* Precisamente, el saber distinguir entre una y otras figuras, nos llevará a encauzar claramente, de manera fáctico-jurídica y probatoria, ya la acción de nulidad absoluta, o en el caso de que se requiera, el de declaración de inexistencia; por ello, también, desde el punto de vista práctico, resulta

³¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 115.

útil el distinguir entre inexistencia y nulidad ya que las causas que originan a una y a otra son distintas.

Respecto a éste cuestionamiento, Montiel Rodríguez expone:

“Cuando la Suprema Corte de Justicia asume que las diferencias entre inexistencia y nulidad son puramente teóricas, no opone teórico a práctico, sino a legal; desde el punto de vista práctico, pudiera parecer que entre inexistencia, nulidad y anulabilidad, no existen diferencias y, de hecho, parece que no se las reconoce en los tribunales, en que recurrentemente se alega la nulidad de ciertos actos, aun cuando las bases fácticas en que la respectiva demanda se funda, originen la calificación del acto de inexistente, de nulo o de anulable, indistintamente. Empero, la Suprema Corte parece no referirse a ese fenómeno práctico, pues no reluce en la Jurisprudencia la mínima huella que permita inferir, que se sostiene lo que se sostiene, por incurrir de hecho en los tribunales; antes bien, el Alto Tribunal, ejemplifica con el sistema del Código Civil para el Distrito Federal, que las soluciones en éste se divorcian de la teoría, esto es, de la doctrina, tratándose de la distinción tripartita, entre actos inexistentes, nulos y anulables.”³¹⁶

Ernesto Gutiérrez y González, disiente del criterio adoptado en la Jurisprudencia que confunde inexistencia con nulidad. Considera que *los ministros debían saber cuál es la teoría, y su deber era respetar el espíritu del legislador que adoptó esa teoría; que si el legislador empleó indebidamente la palabra nulidad por inexistencia, no les autorizaba por ello a concluir que la teoría está mal, sino más bien aclarar que el legislador empleó mal la palabra nulidad por la de inexistencia; carecen de base alguna para concluir que sean lo mismo la inexistencia y la nulidad.*³¹⁷

5.11. Papel de la capacidad como elemento de validez.

Lo que hemos expresado como la segunda dimensión de la capacidad, lo es, como elemento de validez de los actos jurídicos. La capacidad jurídica es, entre otros, un elemento requerido por el derecho, para la existencia perfecta de los actos jurídicos. El lado negativo de la capacidad, es decir, la incapacidad jurídica, nos conduce a la nulidad de los actos jurídicos; el acto jurídico donde intervienen incapaces está afectado de nulidad.

³¹⁶ MONTIEL RODRÍGUEZ, José, “La invalidez del acto jurídico (ineficacia para la dogmática”, *Revista Jurídica de La Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Núm. 4. Pp. 91-103, Sección Artículos, Puebla, 2003, p. 96

³¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, op. cit., p. 369

De la fracción I del artículo 1795 del Código Civil Federal se desprende a la incapacidad de una o de ambas partes, como supuesto para invalidar un contrato; a contrario sensu, para la validez del contrato se requiere la capacidad de ambas partes. Por otro lado, el artículo 2228 de la misma ley atribuye que la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo. En las dos disposiciones se emplea sólo la expresión “*incapacidad*”.

En tratándose de la incapacidad como elemento de validez, observamos que el derecho extranjero se distingue entre incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio; sin embargo, el derecho mexicano, cuando se plantea el primer atributo de la capacidad, pudimos advertir que con toda amplitud se desarrolla en su lado positivo, es decir, tanto la capacidad de goce como la de ejercicio, lo mismo que sus respectivas incapacidades; empero, también se evidencia de que no hay congruencia para con la segunda dimensión de la capacidad como elemento de validez; en ésta, solo refiere a la “*incapacidad*”, sin hacer distinciones.

5.12. La incapacidad jurídica, bienes y valores que protege

5.12.1. El bien jurídico.

La palabra “bien”, en el Diccionario de la Real Academia Española,³¹⁸ tiene entre otras acepciones, dos que de manera particular son de utilidad para lo que nos proponemos. “2. Masculino, *Utilidad, beneficio*. 6. Masculino plural, Der. *Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho*.” Entonces, por bien jurídico tenemos que *es todo aquello que existe, ya sea de carácter material o inmaterial, (con excepción de las personas), que es de utilidad o beneficio para el ser humano, en cuanto le satisfacen o colman una necesidad, y además, son objetos de tutela por el ordenamiento jurídico*. Por tanto, pueden ser entes ser materiales (como los bienes mueble, inmuebles,) o inmateriales, por ejemplo, la dignidad de la persona, el honor, la reputación, la salud, la integridad (*física, psíquica, moral*).

La expresión “bien jurídico”, no es exclusivo del derecho penal, aunque es muy recurrente su uso en el mismo, en materia civil, se dice también que los bienes jurídicos tutelados, por ejemplo, en la lesión como vicio de la voluntad son: **la vida, la libertad, la salud, la honra o el patrimonio** de las personas; entonces, si para la dogmática penal, todo delito lesiona necesariamente un bien jurídico tutelado el mismo; por extensión, en el derecho civil diríamos que, todo hecho o acto catalogado de ilícito, toda prohibición u orden, se define así y se establece, para tutelar bienes jurídicos, con cuya transgresión, se estarían lesionando. Las prohibiciones no son del mero capricho del legislador, las prohibiciones se establecen para proteger algo, lo mismo que con las órdenes, se imponen porque con ello se busca lograr algo; bastaría con preguntarnos ¿Qué es lo que se protege con esa prohibición? ¿Qué es lo que se

³¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 315

busca con determinada orden? Por ejemplo, en el pago de lo indebido como especie de enriquecimiento ilegítimo, el bien que se tutela es el patrimonio; en la condena a una pensión alimenticia, se tutela la subsistencia de los miembros de la familia; en el aludido caso de la lesión, se tutela el patrimonio de una persona, con la violencia se tutela la libertad de la persona; por tanto los bienes jurídicos serían la libertad, el patrimonio, la familia.

La capacidad, como ente o realidad jurídica, es un bien valioso para la persona, pues sin ella, simplemente no se es persona, es un bien que, además de ser un atributo, es un derecho, y merece la mayor tutela jurídica, y por ello es que el derecho, lo protege y ampara. Las constituciones como la nuestra así la reconocen: “Toda persona goza...”, es el máximo reconocimiento a la capacidad jurídica; por ello, toda regla alusiva a la capacidad jurídica es de orden público. Los valores, no en su existencia abstracta (orden, paz, justicia, por ejemplo), sino, concretizados en una situación especial, son bienes, (a través de la justicia como valor, se puede lograr la salvaguarda del patrimonio, de la honra o reputación, como bienes jurídicos tutelados). Mantilla Pineda así lo considera *“en general todo valor encarnado en un soporte temporal es un bien.”*³¹⁹ Es decir, los valores realizados en una situación particular, se traducen en bienes, ya que producen un beneficio a una o más personas determinadas.

5.12.2. Valor jurídico (axiología jurídica)

Valor proviene del latín, *valor, -ōris, 10. m. Fil. “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores.”*³²⁰ El valor jurídico, por tanto deriva de la estimación racional que el derecho hace sobre ciertos entes (bienes jurídicos); siendo así, una cualidad o atributo (positivo o negativo), con una jerarquía determinable, derivable de los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico. Por ello, los valores jurídicos, -estima Mantilla Pineda-, son necesariamente valores sociales objetivos colectivos intersubjetivos, excluyéndose la posibilidad que sean *valores individuales*, ni *valores sociales subjetivos individuales*,³²¹ son resultado racional de la aquiescencia o aceptación general, por ello el que sean sociales objetivos colectivos.

³¹⁹ MANTILLA PINEDA, Benigno, “Los valores jurídicos”, *Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía*, Año XX, segunda época, Sept. 1959, Vol. XXVIII, No. 56, pp. 190-221, Ed. Universidad de Antioquía, Medellín, 1959, p. 193.

³²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 2267.

³²¹ “Los valores jurídicos no son valores individuales como la pureza, el dominio de sí mismo, etc., ni valores sociales subjetivos individuales como el amor, la misericordia, sino valores sociales objetivos colectivos o valores de la conducta humana intersubjetiva, es decir, que se realizan siempre en las relaciones de sujeto a sujeto.” MANTILLA PINEDA, Benigno, op. cit., p. 193

En todos los ordenamientos jurídicos, necesariamente se contiene su sistema de valores.³²² Hay valores jurídicos universales, y otros que pueden no ser reconocidos en algunos ordenamientos jurídicos determinados;³²³ valores jurídicos comunes o fundamentales son: *la justicia, la dignidad, la libertad, la igualdad, la paz, la seguridad, el orden, el poder, bien común, solidaridad, cooperación*;³²⁴ en ellos, la justicia tiene un papel preponderante.

Asumiendo un posicionamiento discursivo o intersubjetivista -como los denomina Cárdenas Gracia-, “los valores son el resultado de la racionalidad práctica, que llega a ellos a través de un consenso social abierto y revisable. Los valores son extrínsecos e intrínsecos al derecho; como elementos extrínsecos permiten la crítica al derecho y evalúan la legitimidad del derecho positivo, y como elementos intrínsecos se incorporan al orden jurídico para orientarlo hacia determinados fines... los valores tienen fundamento racional y empírico y no metafísico porque se definen y fundamentan en el consenso racional de seres humanos que conviven en una sociedad abierta y democrática...”³²⁵

Los valores jurídicos, en el Estado Constitucional, pueden ser normas expresas o normas derivables de la abstracción jurídico-filosófica, normas que están por encima inclusive de reglas expresas; por ello, hoy en día, los valores son tomados como normas iluminadoras de otras normas, los strong rights a los que hace referencia Ronald Dworkin, son normas superiores e indeterminadas, clarificadas y aplicadas normalmente por el juzgador.³²⁶

³²² “Todo ordenamiento jurídico expresa un sistema de valores”. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010, p. 219

³²³ **Respecto a los valores jurídicos se dice:** “existe una coincidencia o tal vez acuerdo tácito respecto de los valores jurídicos fundamentales: *Justicia, paz, seguridad, orden*, pero desacuerdo respecto de otros valores como, por ejemplo: *la dignidad de la persona humana, el bien común, etc.*” *El orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación, la solidaridad, la justicia.*” PONSSA DE MIGUENS, Nina. “Acerca del orden público”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*. pp-84-96, Enero-febrero, Buenos Aires, 1964.

³²⁴ “Entre los principales valores jurídicos que permiten la crítica al derecho positivo y que orientan la creación, interpretación y aplicación de las normas, podemos mencionar a *la justicia, la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad y el bien común.*” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 220. “Todo derecho positivo realiza *la justicia, la paz, la seguridad, el orden, el poder*, etc.” MANTILLA PINEDA, Benigno, “op. cit.”, p. 195. Recasens Siches considera en su “estimativa jurídica” los siguientes valores: *dignidad de la persona humana, libertad, seguridad, paz social, solidaridad, bien común o utilidad común en sus múltiples formas (económica, política, cultural, social, sanitaria, ambiental, etc.) y justicia*. Estima que la enumeración de dichos valores no es taxativa. RECASENS SÍCHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 48. Sobre los valores jurídicos fundamentales “*conuerdan en los valores jurídicos fundamentales: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia, y asignan a la justicia un lugar central dentro del plexo jus axiológico.*” HERRERA FIGUEROA, citado por MANTILLA PINEDA, Benigno, op. cit., p. 193. *Ibidem*, p. 195

³²⁵ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 219

³²⁶ “los valores son las normas jurídicas que fundamentan, justifican y orientan críticamente al resto del ordenamiento. Los valores son normas de un gran nivel de abstracción y de indeterminación, que requieren de circunstancias y necesidades específicas para ser definidos y concretados por el legislador, el juez y el resto de las autoridades.” *Ibidem*, p. 220.

5.12.3. Valores y bienes jurídicos tutelados con las incapacidades.

Las incapacidades de goce que se establezcan en el ordenamiento jurídico positivo, son excepciones a la capacidad, y sólo se justifican por la necesidad de salvaguardar el orden público, sacrificando entonces el interés particular de algunas personas, en relación a ciertos actos jurídicos; para el caso de las incapacidades de ejercicio, se establecen para tutelar sólo el interés particular del incapaz, obedecen a situaciones alusivas a la madurez psicológica de la persona para poder realizar válidamente actos jurídicos. En efecto, los límites a la capacidad equivalen a incapacidades, y con ello, se tiende a asegurar la libertad y derechos de los demás miembros de la sociedad, en base al **ius imperium**,³²⁷ por ello el orden público limita esas libertades, en aras de garantizar el **orden, la seguridad y la paz, en beneficio de todos**; por ello, el orden público constituye un límite de la autonomía de la voluntad; sin embargo, cuando el límite de la capacidad *-como lo es el caso de la incapacidad de ejercicio-*, es sólo para proteger los intereses del incapaz, no es tutela de orden público, sino de interés privados o particulares.

Los **valores jurídicos tutelados**, en tratándose de la incapacidad de goce, son variados: *la seguridad, la paz social, el bien común, el orden*, dependiendo de cada especie de incapacidad; por ejemplo, del incapaz de adquirir tierras en la faja prohibida, el valor tutelado es la seguridad del Estado; el de las asociaciones religiosas para adquirir ciertos bienes, es la paz pública; el valor jurídico tutelado en los casos de la incapacidad de ejercicio de los menores de edad, o de los sujetos a estado de interdicción, por ejemplo, es la seguridad de ellos mismos, no una seguridad colectiva.

En cuanto a los **bienes jurídicos**, tenemos entre diversos bienes tutelados a: la vida, la familia, la libertad, el patrimonio, la honradez, la inteligencia, la verdad, la integridad, la imparcialidad; con ellos se busca la conservación de la vida, la estabilidad familiar, la libertad contractual, la conservación del patrimonio, la certeza convencional, seguridad pública, la fe pública, el desarrollo intelectual y psicológico, etcétera.

En las incapacidades de goce varían según el supuesto incapacitante; así por ejemplo, el bien jurídico tutelado por el artículo 130 de la constitución,³²⁸ que

³²⁷ “el Derecho, al fijar los límites de la libertad, está asegurando la libertad de la persona y de los demás miembros de la comunidad; que el ser humano tiene un ámbito de libertad asegurado donde se desenvuelve en base a la autonomía de la voluntad. Es el Estado el que fija los límites de la libertad, el que pone una barrera a la autonomía de la voluntad, **a través de las normas legales y de las decisiones judiciales, y lo hace en base al Ius Imperium**. Las normas de orden público son imposiciones, mandatos que deben acatar las personas, constituyendo límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad.” MORALES GODO, Juan, *Instituciones de Derecho Civil*, Teoría General del Derecho civil, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 45

³²⁸ Artículo 130. ... Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a

incapacita a los ministros de cultos para heredar por testamento, de quienes hayan auxiliado espiritualmente, se tutela **la libertad**; el bien jurídico tutelado en la incapacidad establecida por la fracción I del artículo 1316³²⁹ del Código Civil Federal, es **la vida**; en la incapacidad establecida por el artículo 1324³³⁰ los bienes jurídicos tutelados son **la verdad e integridad**; el bien jurídico tutelado por los artículos 1323³³¹ y 1321³³² es **la libertad**; los tutelados por los numerales 2276 y 2281 del Código Civil Federal es **la honradez**.³³³ O el caso del Código de Comercio que considera que los Corredores Públicos tienen incapacidad de goce para ser comerciantes, el bien jurídico que se tutela es variado; toda vez que el corredor puede ser perito, fedatario, asesor jurídico, mediador y árbitro, por ello es que el bien jurídico que se tutela es **la imparcialidad, la objetividad, la independencia y la honradez**.

Debemos tener mucho cuidado para no confundirnos en éstos casos, no encontramos sólo intereses particulares, se va más allá, son intereses que atañen a la sociedad en general a quien se protege, y no solamente al testador, autor de la herencia, se protege a la colectividad.

Considera Sara Montero Duhalt que el fundamento de la incapacidad de goce, *"obedece a razones de orden público [...] Orden público se refiere tanto al campo de lo privado, como al ámbito más extenso del interés público."*³³⁴ Morales Godo, en alusión a derechos de la personalidad hace ésta consideración: *"en los derechos de la personalidad también encontramos intereses generales, intereses que la colectividad desea proteger. No debemos caer en la concepción de considerar a los derechos de la personalidad como que protegen únicamente intereses particulares. En lo que sí concordamos es en que existen normas que protegen intereses de un grupo de personas dentro de una colectividad, pero ellas no están circunscritas*

quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

³²⁹ Artículo 1316.- Son incapaces de heredar por testamento o por intestado: I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella; ...

³³⁰ Artículo 1324.- Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

³³¹ Artículo 1323.- Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria; así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

³³² Artículo 1321.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.

³³³ Artículo 2276.- Los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes. Artículo 2281.- Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido.

³³⁴ MONTERO DUHALT, Sara, "La incapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IJ-UNAM, México, 1966, p. 832 y ss.

a los derechos de la personalidad.”³³⁵ En síntesis, no porque haya intereses que en apariencia pudieran ser meramente particulares, dejemos de centrarnos en el interés general que con ellos se busca proteger, si el legitimado para accionar es cualquier interesado, entonces, dejamos de situarnos meramente en el interés particular, *-que desde luego, puede haberlo-*, para transportarnos al campo más amplio del interés público.

5.12.4. Los órdenes “particular” y “público” en relación a las incapacidades.

Las incapacidades son sanciones establecidas por cada Estado considerando ciertos criterios de orden público, o bien para la protección exclusiva del incapaz.³³⁶ Si con ellas se protege a la sociedad de las consecuencias de ciertos actos tienen un alcance específico, distinto a aquellas en las que sólo se protege al incapaz, cualquier interesado o sólo el incapaz podrían accionarlas respectivamente. La incapacidad de goce opera en contra de la persona incapaz, la de ejercicio lo protege.³³⁷

La incapacidad de goce obedece a *cuestiones de orden ético-jurídico*, para la protección del orden público, pues *no se establece el favor del incapaz, sino de la sociedad* por ello, obedece a razones *de interés colectivo*;³³⁸ estas incapacidades se han creado para la tutela del orden público respecto de las exigencias concretas de un Estado determinado. La nulidad absoluta, es una sanción que se estatuye en defensa del orden público;³³⁹ de acuerdo a la doctrina jurídica, *la inclinación de la incapacidad de ejercicio es proteger al incapaz*, por tanto es particular y su nulidad debe ser relativa; *la de goce, ya que tutela el interés colectivo*, debe producirla nulidad absoluta.³⁴⁰

Referente a las incapacidades de ejercicio, toda vez que está basada en la falta de madurez mental o capacidad de discernimiento adecuado, que se traducen en la

³³⁵ MORALES GODO, Juan, *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 43

³³⁶ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 27. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 41

³³⁷ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía, Vol. 1, Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 238 y ss.

³³⁸ Cfr. ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 204. MONTERO DUHALT, Sara, op. cit., p. 832 y ss. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, op. cit., p. 238. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, op. cit., p. 396.

³³⁹ RAMÍREZ BAQUERO, Edgar, *La ineficacia en el Negocio Jurídico*, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 381

³⁴⁰ Cfr. CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 407. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, op. cit., p. 105. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, op. cit., p. 397. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 219.

insuficiencia de madurez psicológica, o insuficiencia de sus aptitudes mentales, su justificación descansa sólo en la salvaguarda de los intereses del incapaz.³⁴¹ Su consecuencia por tanto, al ser de menor gravedad, debe ser la nulidad relativa.³⁴²

Estimamos, en el ordenamiento civil mexicano la reglamentación *-al menos de la incapacidad como elemento de validez-* es incompleta y la prueba es que cuando se refiere a ella sólo se emplea la expresión “incapacidad” sin más; por tanto para que haya una verdadera conexión entre las dos dimensiones de la capacidad [*como “atributo” y como “elemento de validez”*], es indispensable que en la legislación civil mexicana se determine con toda precisión el tipo de incapacidad, para así poder derivar por el tipo de interés que se protege con cada una de las incapacidades, las consecuencias jurídicas que son apropiadas para cada una de ellas.

³⁴¹ Vid. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105. ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales, op. cit.*, p. 205, PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238. MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 833. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, *op. cit.*, p. 402 y ss.

³⁴² Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, *op. cit.*, p. 403. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 123. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.* 2003, p. 219. MONTERO DUHALT, Sara, *op. cit.*, p. 844.

CAPÍTULO VI

DE LAS NORMAS Y DEL LENGUAJE, A LA NORMA JURÍDICA TAXATIVA DE ORDEN PÚBLICO

SUMARIO: 6.1. Introducción. 6.2 Del lenguaje a las normas. 6.3. Funciones básicas del lenguaje. 6.4 Concepto de *norma*. 6.5. Concepto de *norma jurídica*. 6.5.1. *Construcción del concepto*. 6.5.2 Características de la norma jurídica. 6.5.3. Elementos de *las normas prescriptivas* según *Georg Henrik Von Wright*. 6.5.4. Causas: *material, formal, eficiente y final* de las normas jurídicas. 6.5.5 *Estructura* de la norma jurídica. 6.5.6. La *Validez de las normas* jurídicas. 6.5.7. La *invalidéz de las normas* jurídicas. 6.5.8. Criterios de *clasificación de normas jurídicas*. 6.5.8.1. *Las normas jurídicas prescriptivas* por su estructura. 6.5.8.2. Abelardo Torr . 6.5.8.3 Pinsón Caveró. 6.5.8.4 Norberto Bobbio. 6.5.8.5 García Máynez. 6.5.8.6 *Significado de las normas: Generales, individuales, primarias, secundarias*. 6.5.8.7 *Normas generales e individualizadas* según *Legaz y Lacambra, Bobbio, García Máynez, y Abelardo Torr *. 6.5.8.8 *Normas primarias y secundarias* en *Kelsen, Hart, Prieto Sanchís, Abelardo Torr  y Alfredo Rocco*. 6.5.8.9 Otros criterios de clasificación. 6.5.9 Relaciones entre la *norma jurídica y la ley*. 6.6. Los valores, los principios y las reglas. 6.7 Las normas jurídicas en función de la *voluntad de los particulares*. 6.7.1 *Normas taxativas*. 6.7.2 *Normas dispositivas*. 6.7.3. *Naturaleza de las normas que establecen incapacidades*.

6.1. Introducción. *De las normas a la norma jurídica de orden público.*

Partiendo que la presente investigación se intitula: “*Efectos de la incapacidad de goce como causal de nulidad, adaptada a la Bidimensión de la Capacidad conforme a las Teorías de las Nulidades y de los Derechos Fundamentales*”. En primer término, partimos de que existe una íntima relación entre el derecho y el orden público; por ello, este capítulo resulta importante para poder determinar de manera adecuada, los efectos

de la incapacidad de goce, por lo que sigue: si partimos de que las incapacidades de goce se establecen, *ya por el constituyente o ya por el legislador ordinario*, como un régimen excepcional dentro del ordenamiento jurídico, *fundamentados en el orden público*; el orden público constituye entonces, una limitante a la regla general que es la capacidad de goce;¹ así, todos los límites que se lleguen a señalar a los principios y normas, deben ser racionales y estar apoyados en motivos de orden público; por lo tanto, resultará obligado el conocerlo, para luego poder identificar esas *normas jurídicas* que son de *orden público*.

Para lograr éste propósito, a través del método deductivo, partiremos del concepto más amplio que es la norma, para luego llegar al de la norma jurídica; y por último, determinar el de norma jurídica de orden público.

6.1.1. Correspondencia de las normas con el orden

Raymundo Salvat estima que el orden público se infiere de un conjunto de *principios supremos* (*ya políticos, económicos, morales y en ocasiones religiosos*), indispensables para que una comunidad organizada pueda existir y conservarse.² El orden público de un Estado determinado, presupone principios y valores fundamentales, reglas y normas de interés general, en los que se apoya, *–pues en ellos descansa–*; por tanto, resulta inevitable el estudio de esas normas, principios y reglas, para poder determinar e identificar, cuáles son las normas jurídicas de orden público.

Ahora bien, partiendo de la justicia y valores de los que deben conformarse las normas jurídicas de cada Estado, conlleva a que no deben ser creadas de manera abusiva o injustificada, sino por el contrario, deben ser “racionales”; entonces, tienen que guardar invariablemente una relación con el orden. Para obtener un orden general (una armonía y equilibrio sociales), se tiene que partir desde lo individual, para luego lograrlo en lo colectivo; pero también, el orden público está siempre por encima del orden particular.

Por otro lado, el orden público que corresponde a cada Estado, en lo interno, obedece también a la esencia que caracteriza a cada conglomerado social; por esta razón es que sea mutable, ya que guarda relación también con los fines particulares que cada Estado se proponga.

¹ “La constitución contiene como regla general tácita la de que toda persona física tiene capacidad para adquirir y disfrutar las tierras y aguas de la Nación.” BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1988, p. 382.

² SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino: parte general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, p. 129.

6.1.2. Importancia de las normas jurídicas para el orden en la vida social

El derecho es un elemento indispensable para la vida gregaria del hombre, incluso hay quienes van más allá, afirman que es un *elemento constitutivo*³ de la vida social. Los antiguos romanos decían, –refiere Villoro Toranzo– “donde hay una sociedad hay Derecho: *Ubi societas ibi ius*”.⁴ El Derecho, es el instrumento que sirve para atemperar aquellas relaciones sociales que puedan resultar antisociales, para resolver las diferencias intersubjetivas de sus miembros, y así pueda subsistir de manera más o menos armoniosa un conglomerado social.

Hermann Kantorowicz alude que “*el derecho es un cuerpo de normas que tiene como finalidad la prevención o la ordenada solución de conflictos*”,⁵ resalta el carácter preventivo del derecho, no sólo está confeccionado para resolver diferencias sino que igualmente contribuye a la prevención de las mismas. En ésta realidad, la norma jurídica también aparece como la solución que emerge de una realidad social, por ello es que está nutrida de elementos de tipo social, tales como los económicos, los culturales, y los ideológicos.

Ducci Claro estima que la norma jurídica “*es la respuesta a una realidad social que está compuesta por fuerzas culturales y económicas, por tradiciones y por concepciones morales e ideológicas.*”⁶ Es por ello que el Derecho y el cambio social van de la mano, el cambio social incide en el Derecho, lo que conlleva “*a la adecuación de las normas jurídicas a los cambios sociales, que como es sabido caracterizan a las sociedades modernas.*”⁷

6.1.3. El contenido de las normas jurídicas.

En sentido amplio, en virtud de la delegación de la soberanía, no es posible afirmar que el derecho haya sido una creación arbitraria del Estado;⁸ no obstante lo

³ “*al concebir el derecho como un elemento constitutivo de la vida de la sociedad, que se desarrolla con ésta, de una manera individual y propia, hemos debido comprender que la misma ley presidía al desarrollo de los otros elementos que la constituyen*”. ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 7

⁴ VILLORO TORANZO, Miguel, “La norma jurídica y sus caracteres”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 111, pp. 857-874, México, 1978, p. 858

⁵ KANTOROWICZ, Hermann, *La definición del Derecho*, Trad. J. M. de la Vega, Revista de Occidente S.A., Madrid, 1964, p. 44

⁶ DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 41

⁷ AÑÓN ROIG, María José, DE LUCAS MARTÍN, Javier y otros, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 83

⁸ En relación a la Delegación de la Soberanía, hay quienes consideran que no hay tal, pues “*una delegación permanente de autoridad que tiene por base la imposibilidad de ejercerse por el delegante es verdaderamente una pérdida de facultades.*” PIZARRO SUÁREZ, Nicolás, *Obras, Volumen I, Catecismos*, Nueva Biblioteca Mexicana, UNAM, México, 2005, p. 82. En ésta dirección se escribe: “*Delegar esa soberanía es un verdadero suicidio y no hay derecho para ello. No tenemos el derecho de delegar la soberanía y tenemos el deber de ser inmediata, permanente y directamente soberanos*”, SOBREVILLA, David, *Escritos peruanos de Francisco Bilbao*, Editorial Universitaria, Santiago, 2005, p. 134. Nosotros estimamos que el pueblo por esencia es soberano, es la fuente de la soberanía; de ello, por decreto no se puede privar al pueblo.

anterior, la norma jurídica general, tiene como una de sus características, el ser heterónoma; y por ello, es que se crea y se impone aun en contra de la voluntad de los obligados; pero en consonancia con lo anterior, el creador de ésta, al formarla, tiene que hacerlo inspirado en **la justicia** y en aras de lograr **el bien común**; luego entonces, es de vital importancia *“el contenido de la norma”*. En efecto, señala Otero Parga *“La norma jurídica debe ocuparse de regular la vida del ser humano en sociedad, pero esa regulación no será adecuada, ni efectiva ni duradera, sino contiene, junto a la característica de la legalidad, la de la legitimidad”*.⁹ Esa legitimidad –explica más adelante– involucra la capacidad de raciocinio de los destinatarios por lo que no es indiferente el contenido de la norma.

6.1.4. Acontecimientos que dan contenido y justifican a las normas jurídicas.

En este orden de cosas, como el derecho es el producto social que recoge aspectos de tipo *socio-cultural, político, religiosos, económicos*, se deriva del espíritu popular, cuya expresión inmediata es la costumbre; las creencias; la idiosincrasia, la cultura; todo ordenamiento jurídico está impregnado y posee un espíritu popular que se manifiesta en el lenguaje, la moral, en el arte; todo ello es recogido por el derecho.¹⁰ Por ello, es que todas esas dimensiones y acontecimientos, no deben ser ajenos, ni mucho menos desconocidos por la norma jurídica de un Estado determinado.

6.1.5. De la ley a la norma jurídica como formas de expresión del derecho.

Tenemos así, a la voluntad del legislador, a la voluntad de las partes, o a la voluntad unilateral, a la voluntad del juzgador, inclusive, como especies de normas jurídicas. Empero, la expresión *“norma”*, es producto de la concepción contemporánea; la norma jurídica, como concepto jurídico, es una creación reciente; la debemos al positivismo y en gran medida a Hans Kelsen. Máximo Pacheco precisa que los grandes filósofos griegos y romanos de la antigüedad sólo aludieron a *“la ley”*, lo mismo que los intelectuales de la patrística, de la escolástica y del positivismo. Son los jusfilósofos contemporáneos a quienes debemos las teorías de *“la norma jurídica”*, singularmente *“K. Binding, Augusto Thon, Ernesto Zitelmann, Jorge Rouguin, León Düguít, Giorgio del Vecchio, Hans Kelsen, Carlos Cossio y otros.”*¹¹

La tradicional concepción del derecho, como *sistema de normas jurídicas que regulan la conducta externa de las personas en sus relaciones sociales*. En ésta orientación, sobre la regulación de la conducta social, Mario Álvarez recalca que el derecho al normar *“fija, establece, ajusta la conducta social que puede afectar los intereses primigenios del hombre en sociedad. En suma: el derecho, a través de las*

⁹ OTERO PARGA, Milagros, “Un tipo de ley. La norma jurídica”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 33, pp. 199-209, Sección Previa, México, 2003, p. 200

¹⁰ ROCHA OCHOA, Cesáreo, *Manual de Introducción al Derecho*, Editorial Universidad Del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2006, p. 35

¹¹ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 49

normas jurídicas, ordena qué pautas o conductas sociales deben seguirse".¹² En éste rumbo Squella Narducci puntualiza que en toda comunidad política hay normas jurídicas que reglamentan los comportamientos de sus miembros, constituyendo con ello un orden coactivo.¹³ Igualmente, el derecho como estructura normativa se conforma por "*un conjunto de normas que prescriben y evalúan la conducta humana*".¹⁴ Por último, Luis Prieto Sanchís¹⁵ estima que no se puede construir una definición del derecho partiendo sólo de las normas jurídicas consideradas aisladamente y que una norma simplemente es jurídica, si pertenece o forma parte de un sistema jurídico. ,"

Éste concepto típico del derecho heredado del ius-positivismo, ha sido superado en cuanto al enfoque puramente normativo; el derecho no está conformado únicamente de normas jurídicas, hoy en día tienen importancia fundamental por encima de ellas, **los principios y los valores** derivados de las normas fundamentales de los Estados constitucionales y democráticos de Derecho. Jaime Cárdenas insiste que "*aun cuando el derecho está esencialmente integrado por normas, no podemos entenderlo sólo a partir de ellas, también es hecho, valor, interpretación y argumentación jurídica, entre otros elementos que explican el fenómeno jurídico, como el poder*".¹⁶ No podemos reducir el derecho puramente a las normas jurídicas; por ésta razón Squella Narducci así lo sugiere cuando expresa: "*puede ser discutible que el derecho se identifique con las normas jurídicas, esto es, que se trate de una palabra que designa nada más que un cierto orden normativo de la conducta humana que posee carácter coactivo*".¹⁷ En mérito de lo anterior, podemos afirmar que el derecho está conformado **en sentido amplio** por reglas de convivencia (**Principios, Valores y reglas**)¹⁸ -en éstas últimas situamos a las normas jurídicas-. Su propósito es regular comportamientos que los seres humanos manifiestan para con sus semejantes, y entonces pueda obtenerse una convivencia armónica en aras de conseguir la justicia y el bien común; por lo tanto, es co-substancial a la idea de vida en comunidad.¹⁹

¹² ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al Derecho*, Mc Graw Hill, México, 2010, p. 13

¹³ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 110

¹⁴ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, "Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca – México", *Constituciones, Derecho Y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, p. 185

¹⁵ "las normas jurídicas aisladamente consideradas no pueden ofrecernos una definición concluyente de lo que es el Derecho o, en otras palabras, que no cabe identificar un único elemento que se halle presente en todas y cada una de las normas jurídicas y que, a su vez, no pueda ser atribuido a ninguna otra norma de distinto carácter. De ahí que hoy pueda afirmarse sencillamente que una norma será jurídica cuando pertenezca o forme parte de un sistema jurídico." PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 14y 15

¹⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010, p. 95

¹⁷ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 110

¹⁸ Ronald Dworkin puntualiza que el ordenamiento jurídico no se agota en las reglas. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

¹⁹ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, "La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 253, 2010, Tomo LX, IIJ-UNAM, pp. 117-132, México 2010, p. 118

6.2 Del lenguaje a las normas: *El lenguaje, las prescripciones y las normas.*

Hoy en día, no pocos juristas derivan la noción de norma a partir del análisis del lenguaje; entre ellos tenemos al finlandés Von Wright, a Manuel Atienza, Enrique Cáceres Nieto, Jaime Cárdenas Gracia, Carlos Santiago Nino, Carlos Alchurrón, Eugenio Bulygin, Mario I. Álvarez Ledesma, Abelardo Torr , Lorena Fries, Verónica Matus, y Eloy Emiliano Suárez, entre otros.

Jaime Cárdenas explica que el derecho se expresa en normas jurídicas y estas normas se construyen con el lenguaje;²⁰ a su vez, Enrique Cáceres considera al derecho, como esquema condición de algunos acontecimientos del mundo; y, a su vez, considera al lenguaje como fuente de esos esquemas (proposiciones lingüísticas). *“la fuente de esos esquemas est  en el lenguaje, pues conforme a la definición que estamos exponiendo “derecho” significa un sistema de normas de cierta índole, las cuales son una clase de proposiciones lingüísticas.”*²¹ Por “lenguaje normativo” – señala Genaro Carrió–, se entiende el que se identifica las acciones caracterizadas por los verbos tales *“como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera.”*²² También Carlos Alchurr n y Eugenio Bulygin consideran a las normas jurídicas *“como significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas”*.²³ Lorena Fries y Verónica Matus juzgan que *“el derecho es un fenómeno que ocurre en el lenguaje, siendo éste su principal instrumento, el uso que de éste se hace es relevante a la hora del análisis de su función.”*²⁴ En suma, las normas jurídicas son expresiones o proposiciones lingüísticas prescriptivas ya que su esencia es permitir, ordenar o prohibir determinadas conductas.

Los enunciados del mundo del ser difieren de los jurídicos, éstos últimos tienen una característica muy especial que los hace propios. Los enunciados en el *mundo fáctico o del ser* y en el *mundo del deber ser* se distinguen en que, en los del mundo fáctico pueden ser *verdaderos o falsos*, *“en el mundo fáctico hay enunciados aseverativos, informativos o descriptivos; y pueden predicar verdad o falsedad.”*²⁵; mientras

²⁰ “Existe en la comunidad jurídica un cierto consenso en el sentido de que el derecho se expresa en normas y a su vez éstas se construyen con el lenguaje, lo que nos obliga a preguntarnos de qué tipo de lenguaje estamos hablando.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

²¹ CÁCERES NIETO, Enrique, *Lenguaje y Derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, UNAM, México, 2000, p. 11

²² CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 19

²³ ALCHURR N, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, “Norma Jurídica”. En GARZÓN VALDEZ y LAPORTA, Francisco. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1996, p. 134

²⁴ FRIES, Lorena, MATUS, Verónica, *El Derecho, Trama y Conjura Patriarcal*, LOM Ediciones, Santiago, 1999, p. 66

²⁵ CÁCERES NIETO, Enrique, op. cit., p. 12

que, los enunciados del *deber ser* pueden ser *válidos o inválidos*. Ahora bien, los enunciados se construyen de un *sujeto, cópula y predicado*, y forman, por tanto, *juicios*,²⁶ ya que se construyen mediante la relación de dos o más ideas afirmando o negando algo respecto de las mismas.

En éste orden de ideas, tenemos que, hay *juicios fácticos y juicios normativos*. A los “juicios normativos”²⁷ se les llama **juicios del deber**, porque los situamos en el mundo del *deber ser*, versan sobre conductas jurídicamente reguladas y pueden ser válidos o inválidos, imputativos o atributivos; a su lado tenemos los “**juicios fácticos**”, son enunciados que versan sobre hechos de diversa índole, explican hechos o fenómenos (leyes naturales); a ellos los situamos en el *mundo del ser* y pueden ser verdaderos o falsos, según correspondan o no a la realidad fáctica sobre la que se han enunciado. Sobre éste particular Abelardo Torr  estima que “*los juicios del deber*” son “*imputativos o atributivos*” porque “*dirigen o encauzan*” el comportamiento del hombre.²⁸

También, en cuanto a la relación *derecho-normas-lenguaje*, en el punto intermedio; es decir, el de las normas, es preciso distinguir entre “*normas jurídicas*” y “*proposiciones jurídicas*”; estas últimas son los *enunciados de la ciencia del derecho*, y esos enunciados *lo son respecto de las normas jurídicas*.²⁹ Para Hans Kelsen, las proposiciones jurídicas son juicios hipotéticos que enuncian respecto un cierto orden jurídico nacional o internacional, que si ciertas condiciones definidas por este orden son realizadas, ciertas consecuencias que el orden jurídico determina deben tener lugar.³⁰ En su Teoría Pura del Derecho precisa: “*Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto enunciados jurídicos, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento.*”³¹ Una *proposición es una afirmación o negación* –postura que se emite *en relación a un problema de la ciencia jurídica*–, cuya comprobación se busca a través de la investigación científica jurídica. La *norma jurídica* es un enunciado jurídico y como anteriormente se precisó, podrá *ser válido o inválido*; la **proposición jurídica**, es en cambio, **una postura jurídica o mejor dicho una**

²⁶ El juicio “es la afirmación o negación de una idea respecto de otra. La característica más fácil para reconocer un juicio es el verbo, por medio del cual se hace la afirmación o negación que es lo t pico del juicio.” RONDERO Y TOQUERO, Ma. del Rayo, FLORES LÓPEZ, Juan José, *Taller de Lógica*, Editorial Umbral S.A.de C.V., Zapopan, 2007, p. 27.

²⁷ BOCARDO, Enrique, *Tres ensayos sobre Kelsen*, Universidad de Sevilla, Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1993, p. 62

²⁸ Cfr. TORR , Abelardo, *Introducción al Derecho*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 171

²⁹ “es necesario siempre distinguir entre normas jurídicas —los enunciados jurídicos— y las proposiciones jurídicas —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan sobre las normas jurídicas.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 95

³⁰ CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1978, p. 71

³¹ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. de Roberto Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 84

hipótesis de la ciencia del derecho que podrá ser correcta o incorrecta; las proposiciones –afirma García Máynez–, “puede decirse que están *correcta o incorrectamente formuladas*”.³² Las proposiciones jurídicas –afirma Calsamiglia– “*únicamente pretenden describir el ordenamiento jurídico*. La función de la ciencia del derecho es conocer. La ciencia jurídica no ordena, permite ni prohíbe nada [...] La *proposición jurídica*, al ser una descripción de la norma jurídica, *es susceptible de ser verdadera o falsa*.”³³

6.3. Funciones básicas del lenguaje.

El lenguaje tiene cuatro funciones básicas, estas son: la función *descriptiva*, la función *directiva*, la función *expresiva* y la función *operativa*.³⁴ *¿Cuál de las referidas funciones se identifica con el de las normas jurídicas?*

6.3.1 Función descriptiva

Según la Real Academia española, la palabra *descriptiva* deriva del latín “*descriptivus*”, adjetivo cuyo significado es: “*que describe*”; a su vez, *describir*, deriva del latín “*describere*”, y admite los alcances siguientes: **1. tr. Delinear, dibujar, figurar algo, representándolo de modo que dé cabal idea de ello. 2. tr. Representar a alguien o algo por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias. 3. tr. Definir imperfectamente algo, no por sus predicados esenciales, sino dando una idea general de sus partes o propiedades.**³⁵ En el contexto de nuestro trabajo estimamos que la que corresponde es la segunda acepción. Expresiones como “el cielo es azul” o “hay treinta sillas en el salón de clase”, aserciones que incluso pueden comprobarse empíricamente, lo que permitirá calificarlas de verdaderas o falsas.³⁶

En consonancia con el anterior alcance, Jaime Cárdenas refiere que la función descriptiva del lenguaje “*consiste en informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas: nuestro propósito es transmitir información*.”³⁷ Esta función no está directamente identificada con las normas jurídicas, las normas jurídicas no tienen por esencia esa función, por ello, estimamos que se refiera a fenómenos o estados de cosas en general, y no referidos exclusivamente a lo jurídico.

Juan Antonio García Amado, cuando explica el carácter descriptivo o prescriptivo de las aseveraciones de la tópica jurídica, refiere que le corresponde una

³² En FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino, *La Filosofía Jurídica de Eduardo García Máynez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, p. 147

³³ CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.*, p. 71

³⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 774

³⁶ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 12

³⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96

tarea de descripción de la realidad jurídica *cuando se trata de la jurisprudencia*.³⁸ Referente a ésta aseveración, se considera que resulta adecuada en la mayoría de los casos, pues no todas las tesis tienen ésta característica, aunque si bien, predominan las tesis descriptivas o explicativas; sin embargo, no toda la jurisprudencia tiene ese carácter, hay –*aunque en menor número*– tesis dogmáticas, otras que son meramente prescriptivas; en ocasiones algunas interpretaciones jurisprudenciales son de tipo declarativo o controlador, otras de tipo restrictivo, otras extensivas; tenemos también jurisprudencias de precisión, de integración y de interrelación.³⁹

La interpretación puede ser **declarativa, restrictiva y extensiva**;⁴⁰ de tipo declarativo, cuando es una resolución de correspondencia entre la letra y el espíritu de la norma, esto es, que el texto literal coincide plenamente con el pensamiento del legislador; restrictivo si busca reducir el alcance de la letra para entender su pensamiento, ocurre cuando el texto expresa más de lo que fue el pensamiento del legislador, por lo que la interpretación lo limita; y extensiva, cuando se busca ampliar el alcance para que la letra corresponda al espíritu y finalidad del texto, ya que el texto expresa menos de lo que fue la intención del legislador.

Se recurre a la Jurisprudencia **de precisión**, cuando hay una redacción deficiente; cuando hay expresiones mal utilizadas o equivocas; cuando las acepciones son susceptibles de aceptar diversas interpretaciones, cuando existe una idea insuficientemente definida; cuando se busca establecer el radio máximo de hipótesis, sin alterar su sentido; cuando se hace un cuidadoso análisis del texto, gramática, lógica, para que exista armonía con el resto del orden jurídico.⁴¹ En ella no se busca interpretar sino precisar, esta jurisprudencia –subraya Acosta Romero– parte de un supuesto, que existe un precepto, pero “*la verdad que busca el juez no es apreciable a simple vista*”, en ésta, “*la voluntad del legislador puede incluso resultar clarísima, y sin embargo no sabemos hasta donde quiso llegar*”.⁴²

La jurisprudencia **de integración**, se presenta cuando el legislador omitió prever un supuesto normativo; cuando existe una laguna de la ley; cuando no existe precepto legal aplicable para resolver la controversia; cuando se trata de supletoriedad de las leyes; tratándose de resoluciones conforme a la letra; si la interpretación es de acuerdo a los principios generales de derecho; y en los casos de

³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1988, p. 103

³⁹ Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco, *La Jurisprudencia en Materia de Inconstitucionalidad de Leyes*, Porrúa, México, 2000, p. 166

⁴⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado General de Derecho Civil*, Partes Preliminar y General, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 175

⁴¹ BRAVO PERALTA, M. Virgilio, “Criterios de Interpretación del Poder Judicial Federal en México”, *Argumentación e Interpretación Jurídica para los Juicios Orales y la Protección de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2010, p. 121

⁴² ACOSTA ROMERO, Miguel, PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, Porrúa, México, 1998, p. 96

analogía.⁴³ Ante la insuficiencia u obscuridad de la ley el juez tiene que crear derecho para el caso concreto, en eso consiste pues la integración, para la integración debe basarse en los preceptos constitucionales que la rigen.

La jurisprudencia **de interrelación**, precisamente busca “interrelacionar las normas de derecho de modo que el orden jurídico en su conjunto se mantenga coherente y unitario, evitando que los distintos preceptos choquen o aparezcan contradictorios.”⁴⁴ Esta jurisprudencia se actualiza cuando se busca: armonizar el sistema jurídico; conciliar los supuestos normativos en una misma ley; conciliar las disposiciones legales de diferentes leyes; mantener coherente el orden jurídico; conservar un derecho unificado; evitar leyes contradictorias; evitar que los preceptos legales de una misma ley resulten contradictorios; promover la interacción de una disposición legal con otras.⁴⁵ En ésta, “el juez debe adminicular una diversidad de preceptos jurídicos para resolver un caso concreto; preceptos que pueden pertenecer a un mismo cuerpo legal... El juez busca conciliar o armonizar los supuestos normativos que hay en una misma ley, o entre leyes diferentes”.⁴⁶

6.3.2 *Función expresiva o emotiva*

La función expresiva del lenguaje es llamada también como función emotiva y comprende expresiones de tipo poético o exclamativas; ésta función la empleamos para externar estados de ánimo, expresar sentimientos o emociones o provocarlas en los interlocutores. Cuando el emisor pretende manifestar su situación anímica. Los estados de ánimo pueden ser sinceros o no;⁴⁷ de las expresiones exclamativas o poéticas, tampoco cabe predicar verdad o falsedad.⁴⁸ Este tipo de función no tiene relación directa con las normas jurídicas, pues en ellas no se contienen expresiones exclamativas o poéticas.

⁴³ BRAVO PERALTA, M. Virgilio, *op. cit.*, p. 122

⁴⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel, PÉREZ FONSECA, Alfonso, *op. cit.*, p. 113

⁴⁵ BRAVO PERALTA, M. Virgilio, *op. cit.*, p. 122

⁴⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel, PÉREZ FONSECA, Alfonso, *op. cit.*, p. 113

⁴⁷ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 15

⁴⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96. “Su función estriba en exteriorizar estados de ánimo. A pesar de que no es frecuente referir criterios de evaluación de los mismos, solemos calificarlos como sinceros o no sinceros, según efectivamente correspondan o no a los estados internos manifestados. Vgr. “Espero que te vaya muy bien”. CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 15

6.3.3 Función operativa o performativa

Por ésta función al expresar el enunciado lingüístico, se *producen cambios en el mundo exterior*, tales como: “condeno”, “los declaro”, “prometo”, “juro”, “yo te bautizo”, “sentencio”.⁴⁹ Por ejemplo, el enunciado lingüístico “yo te bautizo” cuando se hace dentro del contexto del sacramento católico del bautismo, produce el efecto de que al bautizado se le perdona el pecado original y sea considerado miembro de la iglesia católica; si esto no se da, tampoco se produce el efecto deseado. “Los enunciados performativos se caracterizan porque, a diferencia de los prescriptivos, **no describen algún aspecto del mundo, ni indican a alguien que se comporte de cierta manera, sino porque al emitir el enunciado, se produce un cambio en el mundo...** expresiones como “te juro”, “te prometo”, “los declaro”, “sentencio”, “condeno”, etcétera [...]”⁵⁰ De estos enunciados, según se llenen o no las condiciones exigidas tampoco podríamos predicar verdad o falsedad,⁵¹ sino más bien validez o invalidez si son dentro del campo del derecho; o bien, afortunados o desafortunados si lo son fuera del campo del derecho.⁵²

En el caso de la estructura de **algunas normas** cuando **crean, modifican o extinguen situaciones específicas, o cuando modifican o suprimen otras normas jurídicas**, tal es el caso de una reforma, una derogación,⁵³ o una abrogación.

6.3.4. Función directiva o prescriptiva

Las palabras *dirigir y prescribir* conforme al Diccionario de la Real Academia Española tienen los siguientes alcances: *Dirigir* deriva del latín “*dirigere*”, es un verbo traslativo que significa: “*Enderezar, llevar rectamente algo hacia un término o lugar señalado.*” También equivale a “*Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión.*” *Prescribir*, proviene del latín “*praescribere*”, que es un verbo traslativo y significa: “*Preceptuar, ordenar, determinar algo*”. En esta dirección –aclara Alberdi– *jubere y dirigere* son dos palabras latinas que tienen un mismo significado: mandar, ordenar, dirigir.⁵⁴

En tratándose de la función directiva o prescriptiva del lenguaje, coinciden en señalarla así: Carlos Santiago Nino, Enrique Cáceres Nieto, Jaime Cárdenas y Mario I. Álvarez, entre otros. Concuerdan en señalar que la función prescriptiva busca

⁴⁹ consiste en producir cambios en la realidad al emitir los enunciados lingüísticos, por ejemplo cuando prometemos, juramos o apostamos, de ellas tampoco predicamos verdad o falsedad. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

⁵⁰ CÁCERES NIETO, Enrique, op. cit., p. 13 y 14

⁵¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

⁵² “De la satisfacción de sus condiciones o no, dependerá que ciertos cambios de estatus jurídico sean válidos (afortunados) o nulos (desafortunados).” CÁCERES NIETO, Enrique, op. cit., p. 29

⁵³ “La función performativa del lenguaje tiene lugar como parte de la estructura de ciertas normas que modifican, crean o suprimen otras normas de derecho. Un ejemplo típico son las llamadas normas derogatorias, por las cuales se suprime una norma del sistema jurídico.” *Ibidem*. p. 30

⁵⁴ ALBERDI, Juan Bautista, op. cit., p. 25

conducir la conducta, el que alguien se comporte de determinada forma; Cáceres Nieto sobre éste punto indica que “En el jurídico, tenemos los –enunciados– prescriptivos que buscan que alguien se comporte de cierta manera;”⁵⁵ por ello, **ésta función lingüística tiene una relación directa con las normas**; es la relación por antonomasia aplicable al derecho. El prescriptivo, es el lenguaje jurídico; el que es propio de las normas.⁵⁶

El uso prescriptivo o directivo del lenguaje –señala Carlos Santiago Nino– se produce cuando a través del mismo se propone dirigir conductas de otros, en éste es el uso directivo caben los verbos de “*suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconsejar, solicitar, pedir, reclamar, indicar, ordenar, mandar, imponer, etcétera*”.⁵⁷ Enrique Cáceres subraya que: “Bajo el rubro de enunciados prescriptivos, se oculta una gran variedad de acciones lingüísticas como *ordenar, suplicar, aconsejar, sugerir, solicitar, pedir, invitar, incitar, ...*”⁵⁸

A diferencia de la anterior función “la descriptiva” o explicativa, que puede ser verdadera o falsa; los enunciados prescriptivos expresan relaciones ideales o contingentes, respecto de *los enunciados prescriptivos* carece de sentido hablar de verdad o falsedad; más bien pueden ser *válidas o inválidas, justas o injustas, racionales o irracionales, operativas o inoperativas*.⁵⁹ De todos los tipos de directivas, las normas relativas a **las órdenes, los mandatos y las imposiciones**, son las que tienen mayor fuerza y se les llama **prescripciones**.⁶⁰ De semejante manera Manuel Atienza considera que “en general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas –**las directivas fuertes**– que se suelen llamar **prescripciones**.”⁶¹

6.3.5. Función por antonomasia aplicable a las normas jurídicas: La prescriptiva

Derivadas del uso del lenguaje, veíamos que el uso directivo o prescriptivo se presenta cuando se dirige la conducta de otros, allí se sitúan las órdenes o mandatos, las prohibiciones y las permisiones; es por ello que, toda norma jurídica para que genuinamente lo sea, habrá de ser prescriptiva. En el mismo sentido se expresan

⁵⁵ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 13

⁵⁶ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 12

⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 64. Así lo considera también Jaime Cárdenas. “La función directiva la empleamos cuando intentamos dirigir la conducta de nuestros interlocutores; esto lo hacemos cuando *suplicamos, interrogamos u ordenamos algo*”. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96

⁵⁸ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 13

⁵⁹ Coinciden en ésta aseveración: “en esta función carece de sentido hablar de verdad o falsedad de los enunciados, las directivas no son verdaderas ni falsas, pueden ser válidas o inválidas, justas e injustas, racionales o irracionales, etcétera.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96. “Estos (los –enunciados– prescriptivos) son válidos o inválidos, justos o injustos, racionales o irracionales, operativos o inoperativos.” CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 13

⁶⁰ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 64 y 65

⁶¹ ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 2000, p. 25

Manuel Atienza,⁶² Carlos Santiago Nino,⁶³ Von Wright,⁶⁴ Cárdenas Gracia,⁶⁵ Cáceres Nieto,⁶⁶ Abelardo Perrot, José Antonio Ramos Pascua,⁶⁷ Luis Prieto Sanchís, entre otros. En refuerzo de lo anterior, sobre éste tópico Luis Prieto Sanchís explica “*las reglas o normas que componen el Derecho, a diferencia de las que formulan las ciencias físicas o naturales, no son descriptivas de ninguna realidad, sino que pretenden prescribir, establecer un deber ser acerca de cómo ha de organizarse la sociedad y de cómo han de comportarse sus individuos.*”⁶⁸

La función del lenguaje que por antonomasia corresponde a las normas, es la función operativa o prescriptiva, pues de lo anteriormente expuesto, parece claro que las normas jurídicas no corresponden en general ni a la función informativa ni a la expresiva. En su mayor parte se corresponden con la función directiva o prescriptiva y algunas de ellas están dentro de la función operativa. “En cuanto a las normas jurídicas aunque la mayor parte de ellas tienen carácter prescriptivo y expresan factores deónticos tales como obligar, prohibir o permitir, no todas tienen esas características.”⁶⁹

Hay quienes consideran que el único sentido aplicable a la palabra norma jurídica, es la “prescripción” (*función prescriptiva*), entre ellos se encuentra Von Wright.⁷⁰ Otros en cambio, no estiman que sea el único sentido aplicable aunque sí el que más se identifica.⁷¹

6.3.5.1 Especies de enunciados prescriptivos

Las palabras deónticas, modales y enunciados interrogativos son las *especies de enunciados prescriptivos*.⁷²

⁶² “En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas –las directivas fuertes– que se suelen llamar prescripciones”. *Idem*.

⁶³ las normas jurídicas son una especie de la clase general de las normas y que las normas son un caso del uso prescriptivo del lenguaje. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 63

⁶⁴ Vid. WRIGHT, Georg Henrik, VON, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Trad. Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 26,27 y 34

⁶⁵ Vid. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96.

⁶⁶ Vid. CÁCERES NIETO, Enrique, op. cit., p. 13

⁶⁷ Vid. RAMOS PASCUA, José Antonio, et al, *Positivismo Jurídico a Examen*, Aquila Fuente Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 1147

⁶⁸ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 13

⁶⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 95

⁷⁰ Analizando la palabra “norma”, se observa que tiene diversos sentidos. De los seis contenidos (tres principales y tres secundarios) que von Wright le atribuye a esta palabra, el único que se puede aplicar a las normas del derecho es el de *prescripción*, que incluye entre otras a las leyes del Estado, y cuyas subclases son, a su vez, los mandatos, prohibiciones y permisos. WRIGHT, Georg Henrik, VON, op. cit., p. 26,27 y 34

⁷¹ “En su mayor parte se corresponden con la función directiva o prescriptiva y algunas de ellas están dentro de la función operativa.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

⁷² Cfr. CÁCERES NIETO, Enrique, op. cit., p. 15

6.3.5.1.1 Las palabras deónticas

Por inicio, en el Diccionario de la Real Academia Española no registra la palabra deóntica. Recurriendo a la doctrina jurídica tenemos que Garzón Valdés y Gregorio Peces-Barba nos dan una idea al respecto.

El primero de ellos describe como palabras deónticas “tales como *“debe”, “debería”, “(no) tiene que”, “puede”*.”⁷³ Por su parte Peces-Barba considera como palabras deónticas *obligatorio o prohibido*.⁷⁴ Bert Cornillie identifica como relaciones deónticas aquellas en las que no interviene el locutor y se expresa con verbos como *have to*.⁷⁵ La forma deóntica, a través de las expresiones empleadas: *“tener que”, “deber”,* evoca a la consecución se valores que el Estado busca mediante esas prescripciones, por ejemplo “los hijos deben respetar a sus padres”.⁷⁶

Las palabras deónticas son de tipo prescriptivo. Sobre éste punto Carlos Santiago Nino considera que una proposición puede ser directiva cuando se emplean voces específicas denominadas *“deónticas”,* como: *“obligatorio”, “permitido”, “prohibido”*.⁷⁷

6.3.5.1.2 Palabras modales

Las palabras “necesario”, “contingente”, “posible” e “imposible” son consideradas como palabras modales. *“Las palabras modales, todas ellas, se aplican necesariamente siempre. Si algo es posible, es que es necesariamente posible (y no posible unos ratos y necesario otros); si algo es contingente, es necesariamente contingente (pero no salta alegremente un día a ser imposible, para volver al siguiente a ser contingente); si algo es imposible, es necesariamente imposible; si algo es necesario, es necesariamente necesario.”*⁷⁸ ¿Las palabras modales son prescriptivas? Carlos Santiago Nino considera que el uso de palabras modales no es requisito indispensable para que una

⁷³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, AARNIO, Aulis, VUSITALO, Jyrki, *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 94

⁷⁴ PECES-BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio, “Los valores Superiores”, *Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 29

⁷⁵ “Las relaciones deónticas entre entidades sin que el locutor intervenga... se expresa con verbos como *have to*.” CORNILLIE, Bert, “Subjetivización, predicaciones de anclaje y los modales españoles”, *23 Foro Hispánico. Aproximaciones cognoscitivo-funcionales al español*, Revista Hispánica de Flandes y Holanda, Editions Rodopi B.V., Amsterdam – New York, NY, Amsterdam, 2003, p. 30

⁷⁶ RAMOS PASCUA, José Antonio, et al, *op. cit.*, p. 1147

⁷⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 64

⁷⁸ GARCÍA BARÓ, Miguel, *Teoría Fenomenológica de la Verdad: Comentario continuo a la primera edición de Investigaciones Lógicas, de Edmund, Husserl*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008, p. 53

proposición exprese una prescriptiva o directiva.⁷⁹ Sin embargo, si recurrimos a algunos ejemplos modales tenemos lo siguiente:

De **lo necesario** podríamos señalar el enunciado que predica que *“el divorcio, para que exista válidamente como tal, tiene que ser autorizado por el Estado,”* pues en ningún caso existe la disolución del vínculo por la mera convención de los consortes; también, la expresión que enuncia *“toda persona por el hecho de serlo, necesariamente tiene capacidad jurídica, tiene patrimonio, tiene domicilio”*. Sobre **lo contingente**, el enunciado que refiere que *“los hijos menores de edad para que válidamente puedan celebrar actos jurídicos requieren de un representante”*, es una situación que en la mayoría de ocasiones podría darse, pero no en todas, tal es el caso de la emancipación, el emancipado, por regla general ya no lo requiere. Referente a **lo posible**, sería ejemplificativo el enunciado que expresa que *“en las enajenaciones el que adquiere, válidamente puede renunciar el saneamiento por vicios ocultos”*; o el enunciado que expresa que *“una Sociedad Anónima pueda ser de Capital Variable”*. En cuanto a **lo imposible**, podríamos citar el que *“no puede ser objeto de negociación la herencia de una persona viva,”* pues de darse no sería válido; o el hecho de *“que una persona contractualmente acepte ser esclava de otra”*, estos últimos supuestos jurídicamente son imposibles.

Por nuestra parte, estimamos que los casos de lo “necesario” e “imposible”, son de tipo prescriptivas ya que de manera invariable, o mejor dicho **“siempre”** buscan que alguien se comporte de cierta manera. En cambio, lo posible y lo contingente, no implican de manera necesaria obtener el comportamiento determinado de una persona. Si los enunciados prescriptivos buscan ***dirigir la actuación de otros***, es decir, exhortarlos a que tomen un determinado comportamiento. En el primer caso, para la existencia y validez del divorcio, está requiriendo o exigiendo la intervención del Estado. En la última situación de la herencia de una persona viva o de la esclavitud, al ser situaciones jurídicamente imposibles, podemos inferir que están prohibidas.

6.3.5.1.3 Expresiones operativas

Sobre las expresiones operativas, tales como *ademanos, muecas, señas, gestos o guiños*, generalmente se usan para complementar reforzando a las expresiones directivas o prescriptivas, pues se emiten en referencia a ellas, como ***ordenar, suplicar o pedir***, seguidos de un gesto; por ello se estima que las expresiones operativas son de tipo directivas o prescriptivas. En efecto, Carlos Santiago Nino señala que en ocasiones se refleja el carácter directivo de un enunciado con una “expresión operativa” en alusión al acto lingüístico realizado *“por ejemplo: “Le ordeno que me entregue eso”; “le suplico que no me pegue”; “le pido que me envíe el expediente”*. Esta

⁷⁹ Palabras **“modales**, como: “necesario”, “posible”, “imposible”; pero aquí tampoco el uso de estas palabras es condición necesaria o suficiente para que la oración exprese una directiva (obsérvese si no los casos en que se describe una directiva).” NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 64

formulación generalmente se usa **cuando no hay otros factores** (por ejemplo, gestos) que puedan orientar sobre la fuerza de la oración (como en el caso de un mensaje escrito).⁸⁰ Por nuestra parte, consideramos que en el campo jurídico este tipo de expresiones no es muy común en tratándose de las normas jurídicas generales, tales como las que se contienen en los códigos, las leyes, los reglamentos, por ejemplo; estas expresiones, más bien tendrían cabida en las llamadas normas jurídicas individualizadas tales como un decreto, un laudo, una sentencia, mediante las cuales se ordena, se pide, o se solicita a una o varias personas determinadas. Cuando un juez o autoridad administrativa pide u ordena, éste tipo de expresiones tienen ese carácter; son de tipo prescriptivo.

6.3.5.1.4 Enunciados interrogativos

Existe una especie de función prescriptiva, ésta se constituye por los “**enunciados interrogativos**”; y según Enrique Cáceres Nieto, “son aquellos por los que se formula una interrogación. Para algunos constituyen un caso especial de los prescriptivos ya que implican una solicitud de información.”⁸¹

6.4 Concepto de norma

Conforme a la Real Academia Española, la palabra norma deviene del latín, “norma”, escuadra, que significa: “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc [...]”, y en su acepción jurídica equivale a “precepto jurídico”.⁸²

El concepto más amplio de norma equivale a regla de conducta. Eduardo García Máynez precisa que en sentido lato son “reglas de comportamiento, que pueden ser obligatorias o no”.⁸³ En efecto, las normas lato sensu pueden ser obligatorias o no; precisa también que hay reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo, “que prescriben determinados medios con vista a la realización de determinados fines”,⁸⁴ a ellas les llama “reglas técnicas”; éstas últimas no son obligatorias. Dentro de las que son obligatorias, situaremos a las jurídicas; respecto a las que no son obligatorias (jurídicamente), aunque sí son condicionantes para la consecución del fin buscado.

Rolando Tamayo y Salmorán acepta que aunque la norma jurídica y la regla son estructuras condicionales, la regla relaciona el antecedente que contiene el fin deseado, con el consecuente que contiene los medios apropiados para el logro de esos

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 15

⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, *op. cit.*, p. 1447.

⁸³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004, p. 4

⁸⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 99

fines.⁸⁵ Estas simplemente debemos llamarlas reglas; por ejemplo, las reglas de un juego o la técnica para ejecutar algo, en el primer caso, las reglas sirven para lograr el propósito del juego, verbigracia *“si quieres capturar una pieza con el peón, debes avanzarlo un solo cuadro y en diagonal, pero si no quieres capturarla, debes avanzar un cuadro en vertical; las reglas se usan en los juegos y en la técnica.”*⁸⁶ Estas, en base a lo antes referido, en sentido estricto serían “reglas técnicas” y no el de “normas”.

A las normas en *stricto sensu* las concibe como reglas de comportamiento que imponen deberes o confieren derechos, es decir, reglas de conducta que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades; a ellas les da el nombre de “normas”.⁸⁷ A diferencia de las “reglas técnicas”, las normas *“designan guías de comportamiento en las que las condiciones asociadas a ellas no actúan como fines de la acción, sino más bien como obstáculos para la acción contraria; por ejemplo, si conduces un vehículo en España debes hacerlo por la derecha; si lo haces por la izquierda, también conduces el vehículo, pero te expones a una sanción; las normas se utilizan sobre todo en los sistemas normativos (jurídicos, morales, etc.)”*⁸⁸ De acuerdo a lo anterior, tenemos que en las reglas técnicas las pautas de comportamiento son fines de la acción en sí misma; en las normas las guías de conducta no son fines de la acción en sí misma, más bien son impedimentos para que se realice una acción ya propia o ajena.

6.4.1 Especies de sistemas normativos y sus características

La vida social está permeada de normas de muchos tipos, no sólo jurídicas. A través de estas normas la sociedad establece un control sobre las conductas y sobre el orden social.⁸⁹ La diversidad de sistemas normativos nos lleva necesariamente a su coexistencia. *“En toda sociedad moderna coexisten distintos sistemas normativos que no son necesariamente jurídicos”*.⁹⁰ Por ello es que el derecho, es tan sólo uno más dentro de los diversos sistemas normativos que, en yuxtaposición con los demás, valoran conductas humanas contribuyendo todas ellas a la convivencia armónica y al orden social. Lorena Fries y Verónica Matus así lo reconocen y subrayan que *“el derecho, a través de normas jurídicas y en conjunto con otros sistemas normativos, construye un tramado que define, mantiene y reproduce una determinada cultura y a la vez opera en el*

⁸⁵ “Un uso –menos habitual– del término “regla”, que es fuente de constantes confusiones con las normas jurídicas, es el que se conoce como “directrices” o, más generalmente, “reglas técnicas”. El origen de esta confusión puede estar en que la regla técnica se entiende, al igual que la norma jurídica, como una estructura condicional. En efecto, las reglas técnicas constituyen proposiciones condicionales que relacionan un antecedente, que contiene un fin deseado, con un consecuente que, a su vez, contiene los medios más apropiados para la consecución de este fin.” TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1998. p. 223.

⁸⁶ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 22, 2004. Págs. 99-120, Murcia, 2004, p. 106

⁸⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 4

⁸⁸ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, op. cit., p. 106

⁸⁹ AÑÓN ROIG, María José, DE LUCAS MARTÍN, Javier y otros, op. cit., p. 80

⁹⁰ CORREAS, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Ediciones Coyoacán, México, 1994, p. 114

disciplinamiento y valoración de las conductas."⁹¹ La función de los sistemas normativos en toda estructura social, es la definición de los comportamientos adecuados y el control de los mismos.⁹²

En virtud de lo anterior tenemos que, al lado del sistema normativo jurídico, existen otros que también regulan la conducta humana; éstos son: **las normas morales, las religiosas, y las sociales**. Las características que distinguen a los diversos sistemas normativos se esquematizan en el siguiente cuadro.⁹³

Normas	Bilaterales Unilaterales	Externas Internas	Heterónomas Autónomas	Coercibles Incoercibles
Jurídicas	Bilaterales	Externas	Heterónomas	Coercibles
Morales	Unilaterales	Internas	Autónomas	Incoercibles
Sociales	Unilaterales	Externas	Heterónomas	Incoercibles
Religiosas	Unilaterales	Internas- Externas	Heterónomas	Incoercibles

a. Unilateralidad y bilateralidad

La unilateralidad implica que delante de la persona obligada no existe otra que tenga la autorización para reclamar su cumplimiento.⁹⁴ Las normas morales, sociales y religiosas tienen esa característica, aunque de ellas deriven obligaciones, no existe frente a los obligados por dichas normas, alguien que esté facultado para exigir la observancia de las mismas.

La bilateralidad consiste en que frente al sujeto obligado, existe otro que está facultado para exigir el cumplimiento de la obligación y viceversa. La bilateralidad de las normas jurídicas supone que al imponer un deber, necesariamente habrá alguien que esté facultado para exigirlo; así mismo, al conceder un derecho, conllevan a que correlativamente habrá un sujeto que esté obligado a satisfacerlo.⁹⁵ A diferencia de las otras normas, las jurídicas tienen ésta característica; por ello es que se afirme que *"las normas jurídicas poseen una estructura imperativo-atributiva (imposición de deberes a otro y correlativamente la concesión de un derecho subjetivo del que puede exigir)."*⁹⁶

⁹¹ FRIES, Lorena, MATUS, Verónica, *op. cit.*, p. 65

⁹² Vid. CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.

⁹³ Este cuadro lo presenta el Dr. Jaime Cárdenas Gracia en. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 101

⁹⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 15

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 100

b. Interioridad y exterioridad

La interioridad consiste en que a los sistemas normativos que poseen esa característica, no sólo les interesa lo que de determinadas conductas se manifiesta hacia el mundo exterior, sino que, sobre todo les interesa la conducta que queda en el ámbito interno de las personas. Luis Recasens Siches y Del Vecchio puntualizan que “es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia o sea, la cara interna del obrar”,⁹⁷ y abundan que la característica central de la moral es la interioridad. Jaime Cárdenas puntualiza que éstas “conciernen a la vida interior, subjetiva, relativa a la pureza o rectitud de los pensamientos de las personas, aunque parte de esa vida se pueda manifestar externamente.”⁹⁸ Esta característica la tienen la moral y la religión, por ello se considera en las normas religiosas que hasta con el pensamiento se peca. La moral –precisa Recasens–, “no queda cumplida con que sucedan de *facto* en el mundo los hechos exteriores por ella prescritos, sino para que quede cumplida es de todo punto necesario que sus normas sean realizadas por el sujeto libremente, libre de toda coacción irresistible, como actos palmariamente suyos”.⁹⁹

La exterioridad, en cambio implica que, a los sistemas normativos que tienen esta característica sólo les interesan aquellos comportamientos que trascienden hacia lo exterior del individuo; así, lo puramente interno no le interesa al derecho; si una persona, por ejemplo, piensa cometer un delito, pero eso se queda sólo en –la fase interna– su pensamiento, pues no realiza ningún conducta tendiente a la ejecución del mismo, para el derecho resultará totalmente intrascendente; sin embargo, si esto se exterioriza, entonces jurídicamente tiene incumbencia, puede ser que se cometa el delito o que se quede en el grado de tentativa punible, y entonces sí se pueden considerar aspectos de tipo interno. Comparten ésta característica las normas jurídicas, las normas sociales o convencionalismos sociales, y en algunas ocasiones las normas religiosas.

En lo jurídico existen temas como el “*dolo*” o “*la culpa*”, el “*animus domini*”, el “*elemento subjetivo*” en el matrimonio o en la lesión, verbigracia, tienen que ver con aspectos interiores como la intencionalidad o no de realizar una conducta, la intención de considerarse como dueño, la intención de considerarse ya sea marido o mujer; carecería de utilidad hablar de ellos cuando no han trascendido al exterior del sujeto. Lo mismo se puede predicar de los convencionalismos sociales que son eminentemente de tipo externo y de las normas religiosas algunos de sus preceptos exigen conductas de tipo externo, por ejemplo el arrodillarse, el persignarse.

⁹⁷ RECASENS SICHES, Luis, y DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, t. I, UTHEA, México, 1946, p. 200

⁹⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 100

⁹⁹ RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1985, p. 90

c. Autonomía y heteronomía

Autonomía proviene del latín *autonomía*, y este del griego *αὐτονομία*, *autós* (por sí mismo) y, *nomós* (regla, ley); autolegislarse, autonormarse, autodeterminarse, autogobernarse. Conforme a la Real Academia Española significa: “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.”¹⁰⁰ Carlos Santiago Nino nos explica que “las autónomas las que el agente se da a sí mismo, o sea cuando la autoridad y el sujeto normativo coinciden en la misma persona.”¹⁰¹ En relación a los sistemas normativos, Eduardo García Máñez apunta: “Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia.”¹⁰² “Las normas morales son autónomas porque son imperativos normativos creados por la conciencia de cada individuo.”¹⁰³ De los sistemas normativos, el único que es autónomo es la moral, cada persona tiene un juez interno que le determina lo que es bueno y lo que es malo, estas normas proceden de la conciencia de cada sujeto.

Por otro lado, según la Real Academia Española la palabra *heteronomía* proviene del griego *heterós* (otro, diferente) y νόμος, *nomós* (regla, ley). El significado en el contexto tratado es: “Dicho de una persona: Que está sometida a un poder ajeno que le impide el libre desarrollo de su naturaleza.” Heteronomía “condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma.”¹⁰⁴ Las normas heterónomas “son las que un agente da a otro.”¹⁰⁵

En relación a los sistemas normativos “heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa”.¹⁰⁶ La heteronomía supone que un sujeto es quien crea las normas y a otros son a quienes se destinan; así, las normas se crean sin que sea necesaria la intervención de sus destinatarios. Comparten ésta característica las *normas jurídicas, las sociales y las religiosas*.

Las normas jurídicas generales son creadas por las autoridades gobernantes, y sus destinatarios, generalmente no participan en ello; más aún, pueden ser dictadas en contra de la voluntad de ellos. “Los convencionalismos sociales son heterónomos porque los destinatarios no participan en su elaboración, generalmente son producto de comportamientos regulares de grupos sociales”.¹⁰⁷ Las normas religiosas son heterónomas habida cuenta que no son creadas por destinatarios de ellas “los feligreses” (quienes profesan la religión de que se trate).

¹⁰⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, op. cit., p. 252

¹⁰¹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 76 y 77

¹⁰² GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 22

¹⁰³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 101

¹⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, op. cit., p. 1204

¹⁰⁵ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 76 y 77

¹⁰⁶ GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 22

¹⁰⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 101

d. Coercibilidad e incoercibilidad.

Para la Real Academia Española, la palabra “*coerción*” procede del latín “*coercō, -ōnis*”, cuyo significado apropiado es el de: “*Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta.*”¹⁰⁸ De los sistemas normativos, el único que tiene ésta característica es el jurídico; ésta es la característica por antonomasia que distingue a las normas jurídicas de los otros sistemas normativos, pues todos los demás son incoercibles. Sobre la coercibilidad García Máynez la concibe como “*la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien; esta posibilidad es independiente de la existencia de sanción.*”¹⁰⁹ “*Las normas jurídicas son coercibles porque su cumplimiento es forzoso, se pueden hacer cumplir en contra de la voluntad del obligado.*”¹¹⁰ Para la ejecución de las normas jurídicas, el poder coactivo del estado está comprometido, ya que las normas jurídicas de ser necesario, comprenden la posibilidad del uso de la fuerza para que se lleve a cabo lo prescrito en ellas.

Contrario a lo anterior es la incoercibilidad, “*incoercibilidad implica que el cumplimiento de las normas se efectúa de manera espontánea, pues no pueden imponerse en contra de la voluntad del obligado.*”¹¹¹ Lo anterior conlleva a que, en el caso de incumplimiento a la norma no es factible ejercer presión sobre el obligado para forzarlo a cumplir; así, las normas incoercibles sólo pueden cumplirse de manera espontánea, pues sobre ellas no cabe el uso de la fuerza. Esta característica es propia de la moral, de los convencionalismos sociales, y de las normas religiosas. Luis Recasens y Del Vecchio coinciden al afirmar que la incoercibilidad de las normas morales deviene de que, su observancia es espontánea.¹¹² Trinidad García considera que a las normas religiosas les importa la conducta humana no sólo en sus relaciones para con otros, sino en sus relaciones para con Dios y para con la persona misma,¹¹³ por lo que teniendo éstas características, son también incoercibles. Por último, Miguel Villoro Toranzo, en tratándose de los convencionalismos sociales o normas de trato social, expresa que tienen por objeto “*hacer más posible y humana la convivencia y asimilar las naturales asperezas que se pueden seguir de lo insólito, de lo tosco o grosero o simplemente de lo incivilizado.*”¹¹⁴ La consecuencia es el señalamiento social, por lo que en resumen son incoercibles.

Como corolario a lo anterior, se advierte que el Derecho y la moral tienen características opuestas, así lo subrayan Cárdenas Gracia y Squella Narducci con lo que corroboramos nuestra postura. “*En efecto, si la moral personal es interior, el*

¹⁰⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, *op. cit.*, p. 579

¹⁰⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 22

¹¹⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 101

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² RECASENS SICHES, Luis, y DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, t. I, *op. cit.*, p. 21 y 22

¹¹³ GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1972, p. 11

¹¹⁴ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*. PORRÚA, México, 2004, p. 468

derecho es *exterior*; si la moral personal es *autónoma*, el derecho es *heterónomo*; si la moral personal es *unilateral*, el derecho es *bilateral*; en fin, si la moral personal es *incoercible*, el derecho es siempre *coercible*.¹¹⁵

Por otro lado, independientemente de que existan diversos sistemas normativos, las normas jurídicas se nutren de los demás sistemas y adoptan elementos de orden moral, social y de convencionalismos sociales; en éste rumbo Carlos Mouchet estima que aunque el derecho no comprende a la totalidad de los sistemas normativos, se nutre de las *normas morales, sociales y técnicas* transformándolas en normas jurídicas.¹¹⁶ Por ello es que las normas jurídicas, en disimilitud de otros sistemas de normas, son dinámicas, a diferencia de las religiosas que son casi estáticas, evolucionan muy lentamente de manera casi imperceptible; mientras que las jurídicas van en constante evolución y cambio, para adaptarse a la realidad social y atender las necesidades que se reclaman en un lugar y momento determinado. Sobre lo contingente y cambiante de las normas jurídicas Prieto Sanchís considera que no son el producto de un acto de conocimiento, ya que los órganos de producción jurídica no descubren un derecho preexistente sino que lo crean en función de las relaciones sociales, por ello que las normas jurídicas sean producto de una expresión de voluntad contingente y cambiante.¹¹⁷ Ahora bien, de manera recíproca, las normas jurídicas deben ser racionales, esto es, esas normas creadas por el legislador –como sostiene Vernengo–,¹¹⁸ tienen sentido jurídico cuanto mediante un proceso intelectual los hechos causalmente determinados tienen un modo de presentación específica a través de hechos o actos jurídicos específicos.

La coexistencia de varios sistemas normativos también puede generar algunos problemas, “la existencia de muchas órdenes normativas en un mismo espacio físico (una dominante y otras paralelas) puede incidir en sistemas normativo alternativos o subversivos,”¹¹⁹ aunque todos valoran conductas y buscan la convivencia armónica y el bienestar, en la mayoría de sus campos coinciden y por tanto se apoyan de manera

¹¹⁵ Vid. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 100. también SQUELLA NARDUCCI, Agustín, op. cit., p. 150

¹¹⁶ Cfr. MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 28

¹¹⁷ “las normas jurídicas son la expresión de una voluntad y no el resultado de un acto de conocimiento; los órganos de producción jurídica no descubren un Derecho preexistente que regulase un orden de relaciones necesaria entre los hombres y las sociedades, sino que lo crean mediante disposiciones escritas o enunciados verbales que expresan su voluntad, una voluntad contingente y cambiante. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 13

¹¹⁸ “La norma que el legislador cree, confiere sentido jurídico específico –un sentido no sensible, sino puramente inteligible– cuando, mediante un proceso intelectual, el hecho natural causalmente determinado adquiere una cualidad jurídica (un sentido o modo de presentación específicas), que le otorga el “sentido objetivo” (objetive Sinn) de ser tal o cual acto jurídico: la muerte natural de un hombre se convierte así, objetivamente, en una ejecución capital.” VERNENGO, Roberto J., “Norma jurídica y esquema referencial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 21, pp. 189-198, IIJ-UNAM, México, 1974, p. 197

¹¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Editorial Mad, S.L., Sevilla, 2006, p. 182

mutua, aunque en otras ocasiones, pueden resultar contradictorios. La norma moral, al ser autónoma puede presentar muchos enfrentamientos con las disposiciones que se encuentran contenidas en la norma jurídica, y también con las religiosas, pues conductas prescritas por las normas jurídicas pueden oponerse a la concepción moral de determinadas personas, o bien, ciertas imposiciones de las normas religiosas pueden chocar con la concepción moral del individuo; también es posible que existan enfrentamientos entre algunas disposiciones jurídicas con el contenido de algunas normas religiosas, o de las religiosas con algunos convencionalismos sociales; estas divergencias resultan no pocas veces inevitables.

Las normas jurídicas aunque se nutren de otros sistemas normativos, muchas de las veces también los complementan y les auxilia en su cometido. *“Las normas jurídicas vienen a completar y/o suplir las limitaciones de otros sistemas normativos, contribuyendo al proceso global de disciplinamiento, y dotando a las sociedades de certezas en la resolución de los conflictos y de procedimientos e instancias para que éstos sean resueltos.”*¹²⁰ El atributo inherente de las normas jurídicas que no es compartido por los demás sistemas normativos es la coercibilidad, resultando por ello como el sistema normativo más eficaz, así, el derecho suple esas limitaciones que tienen las otras normas no jurídicas.

6.5. Concepto de norma jurídica

Debemos reiterar que la norma jurídica como concepto es de nueva producción, ya que en la antigüedad los filósofos griegos anteriores a Sócrates, tales como Heráclito de Efeso, el sofista Hipias,¹²¹ así como Platón, Aristóteles; y en Roma, Marco Tulio Cicerón, sólo utilizaron el concepto de **“ley”** y no el de norma.¹²² La expresión de **“ley”** siguió siendo utilizada por los padres de la iglesia como: San Cipriano o San Agustín de Hipona; y después, con la escolástica filósofos como: Tomás de Aquino, Anselmo de Canterbury, Francisco Suárez, Juan Duns Escoto, Francisco de Vittoria, Guillermo de Ockham, Hugo Grocio, entre otros, también se refirieron a la ley y crearon proposiciones referentes a la misma.¹²³ La norma como concepto reciente, nació en el ámbito del neokantismo alemán,¹²⁴ que surgió a finales del siglo XIX e inicios del XX, inspirado en el método trascendental de Kant contra el idealismo absoluto de Hegel y otros poskantianos como Fichte y Schelling; empieza

¹²⁰ FRIES, Lorena, MATUS, Verónica, *op. cit.*, p. 66

¹²¹ *“hallamos nuevamente a Heráclito de Efeso enseñando que existía un derecho divino y natural, distinto en un todo a las leyes de cada Estado. Al pensador de Efeso siguió el sofista Hipias, que distinguía entre derecho escrito con reglas sometidas al cambio y el derecho no escrito impuesto por los mismos dioses y obedecido por todos de la misma manera.”* PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique, *Teoría General del Derecho*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2011, p. 21 y 22

¹²² SOTO GAMBOA, María de Los Ángeles, *Nociones Básicas de Derecho*, 2ª Ed. UENED, San José, 2005, p. 17

¹²³ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 49

¹²⁴ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Trad. Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, México 2003, p. 859

con la Escuela de Heidelberg y lo representan filósofos como Bismarck, e Kuno Fischer y Eduard Zeller, Helmholtz y Lange; y el llamado "filósofo solitario" de la Universidad de Berlín, Georg Simmel; en lo jurídico Rudolf Stammler y Hans Kelsen son algunos de sus expositores.¹²⁵ Sin embargo, fue prácticamente en el positivismo jurídico donde se construyó y desarrolló éste concepto; juristas como León Düguit, Giorgio del Vecchio, Georges Ripert, K. Binding, Augusto Thon, Ernesto Zitelmann, Jorge Rouguin, Hans Kelsen, Adolf Merkl, Norberto Bobbio, Carlos Cossio, Eduardo García Máynez y otros.¹²⁶ Pero de manera preponderante con Hans Kelsen, en su *Reine Rechtslehre* "Teoría Pura del Derecho", que fue punto referencial para muchos otros juristas, es donde se desarrolló ampliamente éste concepto. Seis años después de su muerte, se publicó en 1979 la obra *Allgemeine Theorie der Normen* "Teoría General de las Normas".¹²⁷ En el derecho contemporáneo, las normas jurídicas –afirma Mouchet– son el principio arquitectónico del derecho, pues son las normas jurídicas "lo que le da su forma y su sentido, el sistema mediante el cual se ordenan los actos humanos a fin de que estos se ajusten a las exigencias y necesidades de la comunidad."¹²⁸

Por otro lado, en el uso del lenguaje, es importante tener mucho cuidado con el alcance que debe tener cada concepto. No pocas veces se ha confundido la expresión "norma" con "norma jurídica" o "derecho", como si la norma jurídica fuera el único espécimen de norma; también se ha confundido la expresión "norma jurídica" con "ley", Carlos Ducci, en el epígrafe del Capítulo II de su obra al pie citada, lo intitula "*La norma jurídica de Derecho Privado*", y en el desarrollo de los subtítulos en que desarrolla el mismo, sólo se refiere a *la ley* y a la *clasificación de las leyes*, pero nunca se refiere en ninguno de ellos la expresión de norma jurídica;¹²⁹ también, Villoro Toranzo sobre la norma jurídica establece que "*es la formulación técnica de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto.*"¹³⁰, como si la ley fuera la única forma de norma jurídica. Al respecto Máximo Pacheco puntualiza que "norma" es de mayor extensión y amplitud que "ley", que tan sólo es una especie en que se manifiesta la norma; un contrato, la sentencia y la costumbre también son especies de norma.¹³¹

Estamos de acuerdo en la idea que subyace de esa expresión, pues no se duda que la sentencia y la costumbre sean normas jurídicas; si se aplican las reglas que sobre las propiedades del concepto nos brinda la lógica, conocidas como *reglas de la*

¹²⁵ GRANJA CASTRO, Dulce María, "El Neokantismo en México", *Signos Filosóficos*, Vol. 1, núm. 2, julio-diciembre, 1999, 9-31, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, México, p. 12 a 14

¹²⁶ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 49

¹²⁷ Esta obra tiene traducción al español por Hugo Carlos Delory Jacobs. KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, D. F., 1994, 392 pp.

¹²⁸ MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, op. cit., p. 30

¹²⁹ DUCCI CLARO, Carlos. Op. cit., p. 41 y ss.

¹³⁰ Miguel Villoro Toranzo considera que toda norma jurídica debe ser general. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 313

¹³¹ Cfr. PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 49

extensión y comprensión,¹³² llevadas al contexto referido, resultaría de la siguiente forma: *la norma es de mayor extensión que la norma jurídica; por tanto la comprensión de la norma es menor que la de la norma jurídica; así, la norma jurídica es tan sólo una especie de las normas*;¹³³ lo mismo sucede en la relación que deriva entre norma jurídica y la ley, *la norma jurídica es de mayor extensión que la ley*; por tanto, la norma jurídica viene a conformar el género, siendo la ley sólo una especie.

Por otro lado, la producción de la norma jurídica no necesita forzosamente del legislador, en tanto que la ley como especie de la anterior, simplemente no puede existir sin la participación del legislador;¹³⁴ y además para su validez formal, necesita de su promulgación y entrada en vigor. Como corolario a lo anterior, tenemos que, la norma jurídica no sólo procede del legislador, sino también puede proceder de autoridades administrativas jurisdiccionales (laudos verbigracia) o no jurisdiccionales (decreto de expropiación, por ejemplo), de los jueces (resoluciones, sentencias, la jurisprudencia);¹³⁵ y de la voluntad de los particulares (testamento, contratos y convenios), con lo que se demuestra que norma jurídica es una categoría genérica en relación a la ley.

Por ello, al definir a la norma jurídica procuraremos dar una concepción general que abarque las distintas formas de esta, toda vez que a las normas jurídicas podemos concebirlas como *“enunciados de lenguaje ya escrito (leyes, reglamentos) o no escrito (la costumbre, contratos consensuales), pueden derivar de diversas fuentes: legal (ley), consuetudinaria (costumbre), jurisprudencial (sentencias) o negocial (contrato); generales (destinadas a regular el comportamiento de un número indeterminado de casos) o particulares (destinadas a regular un caso concreto); heterónomas, bilaterales, coercibles, externas, con sanción institucionalizada.”*¹³⁶ Robusteciendo y justificando lo anterior Ariel Álvarez Gardiol sintetiza: *“Serán así normas, tanto la ley como la Constitución, el*

¹³² “Conforme aumentan las notas, es decir que crece la comprensión del concepto, disminuye el número de individuos a los que se puede aplicar, esto es, en esa medida decrece su extensión. De aquí resulta una ley para las relaciones entre la comprensión y la extensión de los conceptos, que es la siguiente: *la comprensión de un concepto está en razón inversa a su extensión*, o, de otra manera: *cuanto mayor es la comprensión, tanto menor es la extensión*, y a la inversa. BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la Lógica*, UNAM, 2004, México, 2004, p. 22

¹³³ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 63

¹³⁴ “La norma, como concepto que es, puede existir por sí sola; la ley, en tanto, necesita de legislador, promulgación y vigencia.” PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 49

¹³⁵ Lo subrayado es nuestro: *“Sin embargo, el considerar al derecho como conjunto de normas es ya un parti-pris (dividir algo en dos o más partes), un presupuesto que quizás no esté justificado. Una ontología jurídica quizás debería partir de la experiencia básica que nos dice que el derecho es el conjunto de cosas o entidades que resultan de un cierto tipo de actividad de legisladores, autoridades administrativas y jueces: leyes, resoluciones y decisiones judiciales. Y analizando estas cosas o entidades, veremos que tanto las leyes y resoluciones como las decisiones judiciales son conjuntos de enunciados o proposiciones lingüísticas con unas determinadas características”* LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, op. cit., p. 105

¹³⁶ SUÁREZ, Eloy Emiliano, *Introducción al Derecho*, Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Rep. Argentina, Santa Fe, 2004, p. 14

reglamento, la costumbre jurídica, la decisión administrativa, la sentencia judicial y el contrato."¹³⁷ Sobre todo, cuando se recurre a la expresión de "norma jurídica", pensamos de inmediato en las normas generales que proceden de las autoridades como si fueran la única especie; sin embargo, lo que no debemos perder de vista es el caso del convenio, del contrato, del negocio jurídico, o del testamento, por ejemplo que aunque nacen de la voluntad de los particulares, también comparten la esencia de las normas jurídicas.

De inicio, partiendo del significado que se le atribuye conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, en derecho, la norma jurídica es definida como: "*precepto jurídico.*"¹³⁸ La norma jurídica es entonces, cualquier enunciado conformante del derecho. En ésta primera aproximación, se podrían definir a las normas jurídicas como reglas o preceptos jurídicos, que al ubicarse en el campo del deber ser, son de tipo ideal en oposición a lo necesario, "*la consideración de que las normas son de carácter ideal proviene de que toda norma postula alguna conducta debida; es decir, una conducta que debe ser realizada.*"¹³⁹ Lo anterior es así, ya que generalmente de la realización del supuesto normativo, la norma jurídica atribuye una consecuencia, pero esto no conlleva de manera necesaria a la ejecución efectiva de la consecuencia señalada en la norma.

Para Carlos Cossio la norma jurídica explica la conducta del hombre en su relación para con otros sujetos; el punto central de la norma jurídica lo sitúa en *la conducta*; para él, la norma jurídica es "*el concepto*" por el cual se explica la conducta del hombre en su interferencia intersubjetiva; las normas "*son simplemente los conceptos con que pensamos esa conducta*".¹⁴⁰ Por ello, *el derecho* no es la regulación de la conducta, sino *la conducta regulada*;¹⁴¹ por ende, no es la norma lo que se interpreta, sino la conducta humana a través de la norma jurídica. En sentido estricto, la norma jurídica por esencia no es descriptiva; "*el derecho no describe sino que prescribe cuáles son las conductas que de hecho se verifican en la realidad,*"¹⁴² las normas jurídicas genuinas son prescriptivas, el derecho y sus normas van más allá de la simple descripción de conductas, llega al grado de pronunciarse en relación a ciertas conductas con su *prohibición, su imposición o su permisión*; por ello es que, para ser auténticas normas, deban ser prescriptivas. También como lo afirma Norberto Bobbio, para que un precepto tenga el alcance de norma jurídica, debe ser imperativo-

¹³⁷ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Introducción al Derecho*, Editorial Jus, Rosario, 1995, p. 44

¹³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 1447

¹³⁹ TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1996, p. 54

¹⁴⁰ COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, p. 26

¹⁴¹ El Derecho no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada. La norma jurídica es, para COSSIO, el concepto mediante el cual se explica la conducta del hombre en interferencia intersubjetiva. PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 86

¹⁴² ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., op. cit., p. 13

atributiva, pues toda norma jurídica es imperativo-atributiva.¹⁴³ En suma, para que una disposición jurídica merezca el calificativo de norma jurídica, habrá de ser prescriptiva (ordenar, prohibir o permitir), por ende, los enunciados o preceptos jurídicos que no tiene éste alcance, propiamente no son normas jurídicas; por ejemplo, los preceptos definitorios.

Con el afán de construir una definición de norma jurídica se expondrán algunos conceptos que nos proporciona la teoría del derecho con el propósito de analizarlos y abstraer los elementos característicos para luego construir un concepto que los contenga.

Emmanuel Kant considera a la norma jurídica como: *“Todo imperativo que manda ya hipotética, ya categóricamente.”*¹⁴⁴

Rudolf Stammler concibe a la norma jurídica como *“un juicio hipotético que consta de requisitos y de efectos en cuanto que condiciona una cierta voluntad jurídica a un determinado hecho, como su fundamento jurídico.”*¹⁴⁵

Manuel Albadalejo escribe: *“Por norma jurídica positiva entiendo todo precepto general cuyo fin sea ordenar la convivencia de la Comunidad y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por el poder directivo de aquella.”*¹⁴⁶

José Castán Tobeñas señala: *“Las normas jurídicas son las reglas que rigen la conducta de los hombres en sus mutuas relaciones sociales y cuya observancia garantiza el Estado mediante oportunas sanciones.”*¹⁴⁷

Para Hans Kelsen: *“Las normas que forman el orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir; sanciones ... las normas generales tienen que ser normas en las cuales una cierta sanción se hace depender de determinadas condiciones, expresándose tal dependencia mediante el concepto del “deber ser”.*”¹⁴⁸ En síntesis, para Kelsen, una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción de manera que la estructura de la norma es: si es A (ilícito) entonces “debe ser” B (sanción).

¹⁴³ “Toda norma jurídica, como todos los juristas saben, es imperativo-atributiva, esto es, atribuye una obligación a un sujeto en el mismo momento en el que atribuye un derecho al otro sujeto.” BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 41

¹⁴⁴ KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 35

¹⁴⁵ STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Trad. de Wenceslao Roces, Ed. Reus, Madrid, 1930, p. 314

¹⁴⁶ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 22

¹⁴⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 1975, p. 377

¹⁴⁸ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 52

Para Eduardo García Máyne, la norma jurídica es lo que describe como norma en sentido estricto *“aquella que impone deberes y otorga derechos.”*¹⁴⁹ Esto es, son imperativas atributivas.

Miguel Villoro Toranzo aprecia a la norma jurídica diciendo que: *“es la formulación técnica de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto.”*¹⁵⁰ En una obra diversa en relación a la norma jurídica señala que *“es una orden general, dada por quien tiene autoridad, para regular la conducta de otros”*.¹⁵¹ Es importante señalar que reitera en la generalidad que deben tener las normas jurídicas *“una norma debe ser “general”, esto es, que se debe dirigir a un número indeterminado de personas, y que la misma debe haber sido emitida por “quien tiene autoridad para regular la conducta de otros”*¹⁵²

Federico de Castro la conceptúa como *“Mandato con eficacia social organizadora.”*¹⁵³

Máximo Pacheco señala: *“La norma jurídica es una norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.”*¹⁵⁴

Leonel Pereznieto nos explica que las normas jurídicas *“Son reglas de conducta bilaterales o imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas.”*¹⁵⁵

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara subrayan *“Norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.”*¹⁵⁶

Picatto Rodríguez apunta que *“La norma, stricto sensu, es la que impone obligaciones y en correlación con éstas otorga derechos.”*¹⁵⁷

Squella Narducci refiere: *“Las normas jurídicas regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad, provienen de actos de producción normativa que son ejecutados comúnmente por autoridades normativas a las que otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento otorgan competencia para la ejecución de tales actos de producción normativa,*

¹⁴⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 4

¹⁵⁰ Miguel Villoro Toranzo considera que toda norma jurídica debe ser general. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 313

¹⁵¹ VILLORO TORANZO, Miguel, *“La norma jurídica y sus caracteres”*, op. cit., p. 857

¹⁵² VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 465

¹⁵³ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 46

¹⁵⁴ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 50

¹⁵⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Oxford University Press, México, 2000, p. 81

¹⁵⁶ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de derecho*, Porrúa, México, 1985, p. 335

¹⁵⁷ PICATTO RODRÍGUEZ, Antonio, *Introducción al estudio del derecho*, IURE Editores, México, 2007, p. 42

cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada, y que, por último, cumplen determinadas funciones y apuntan a la realización de ciertos fines o aspiraciones de orden, paz, seguridad y justicia que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad."¹⁵⁸

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara subrayan "*Norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.*"¹⁵⁹

Milagros Otero Parga expresa: "*la llamada norma jurídica, es una ley de carácter ético-natural ya que regula el comportamiento de los seres humanos. Con caracteres esenciales y accidentales*".¹⁶⁰ Entre los caracteres esenciales está *la causa material* (juicio racional), *la causa formal* (promulgación), *la causa eficiente* (el autor); y *la causa final* (el bien común); entre los accidentales pueden incluirse la claridad, la brevedad, la honestidad.

Por último, en relación a la norma jurídica, Manuel Ossorio y Florit escribe: "*Denomínase así la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.*"¹⁶¹

6.5.1. Construcción del concepto.

De la sistematización de los anteriores conceptos, con el propósito de construir un concepto que se ajuste a los cánones que "*según dicen los escolásticos, una buena definición debe ser breve, más clara que su definido; éste no ha de entrar en la definición, y debe reciprocarse con ella*"; esto es, que en lugar del definido se pueda poner la definición, y al contrario."¹⁶², de ellos obtenemos lo siguiente:

6.5.1.1. Prescripciones jurídicas.

Manuel Albadalejo, José Castán Tobeñas, Miguel Villoro Toranzo, Federico de Castro, Máximo Pacheco, y Manuel Ossorio y Florit convergen en que las normas jurídicas son prescripciones jurídicas, es importante recordar que las normas jurídicas pertenecen al género de expresiones directivas, y a estas se les llama prescripciones;

¹⁵⁸ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 108 y ss.

¹⁵⁹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *op. cit.*, p. 335

¹⁶⁰ OTERO PARGA, Milagros, "Un tipo de ley. La norma jurídica", *op. cit.*, p. 208

¹⁶¹ OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastrea SRL, Buenos Aires, 1994, p. 625

¹⁶² VARELA Y MORALES, Felix, *Lecciones de Filosofía*, Impreso por G.F. BUNCE, Nueva York, 1832, p. 59

por ello el que recurramos a ésta expresión; aunque los autores aludidos no lo refieren así, pues cada uno de ellos utiliza expresiones distintas, tales como preceptos, órdenes, mandatos, reglas, o significación lógica; por otro lado, como enseguida se explicará, en algunas partes de su concepción disentimos.

Manuel Albadalejo en su definición considera que la norma jurídica es un *“precepto general”*, estamos parcialmente de acuerdo con la expresión precepto, aunque estimamos que no es la más apropiada por lo que más adelante se explica; sin embargo, disentimos del empleo de la expresión *“general”*, pues si bien es cierto que existen normas generales, tales como las leyes o los reglamentos; también lo es que no todas las normas jurídicas tienen esa característica; un decreto, una sentencia, una convención o contrato *–por ejemplo–*, son también normas jurídicas que no tienen el rasgo de la generalidad.

Villoro Toranzo estima que la norma jurídica es una *“orden general”*, una orden encierra un mandato. Federico de Castro coincide con Villoro al considerarla como *“mandato”*; empero, no todas las normas son mandatos u órdenes, sobre todo las permisivas; aunque es cierto que las normas permisivas son potestades conferidas y facultan a determinada persona, y esa facultad es correlativa del deber de quien o quienes deben respetar el ejercicio de la facultad; sin embargo, estimamos que lo más adecuado sería utilizar la expresión *prescripciones jurídicas*, ya que la palabra prescripción es de mayor extensión pues en ella comprende las permisiones, las prohibiciones y los mandatos u órdenes. Por otro lado, no estamos de acuerdo en la expresión utilizada por Villoro Toranzo que indica que la norma jurídica deba ser *“general”* por las mismas razones anteriormente expresadas, esto es, porque existen también las normas jurídicas particulares o individualizadas.

A su vez Castán Tobeñas define a las normas jurídicas como *“reglas de conducta”*, estamos de acuerdo en que las normas jurídicas son reglas de conducta, al igual que las morales, sociales y religiosas; sin embargo, no estimamos que sea la expresión más adecuada, sobre todo para evitar confusiones, habida cuenta de que existen las llamadas *“reglas técnicas”*, y también de que hoy en día se distingue entre reglas, principios y valores, como más adelante se explicará.

Máximo Pacheco, define a las normas jurídicas como *“normas de conducta”*, preferimos la expresión que hemos venido señalando *“preceptos jurídicos”*; amén de que conforme a las reglas lógicas para construir conceptos se indica que lo definido no debe entrar en la definición, *“pues en lugar de explicar, lleva a un círculo vicioso.”*¹⁶³

¹⁶³ BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la Lógica*, op. cit., p. 46

Por último, Manuel Ossorio y Florit emplea la expresión de que las normas son una *“significación lógica”*. La significación lógica es *“lo que está en la base del decir de los predicados”*.¹⁶⁴ La relación que se da entre el concepto, juicio y raciocinio resultarán básicos para entender lo anterior. Del lenguaje podemos expresar ideas o conceptos, como la simple representación mental que tenemos de algo, sin afirmar o negar algo de él; el juicio o proposición simple nos lleva a otra dimensión un tanto cuanto más compleja, implica relacionar dos o más ideas afirmando o negando algo respecto de ellas; normalmente se compone de sujeto, cópula y predicado; y el raciocinio toda vía es una dimensión más elevada que el juicio; el raciocinio nos lleva a formular proposiciones más complejas pues implica la relación de dos o más juicios contrastándolos mediante afirmaciones o negaciones que se hacen respecto de los mismos. Los juicios pueden ser verdaderos o falsos según correspondan o no con la realidad; los razonamientos podrán ser correctos o incorrectos según correspondan a las leyes de la razón; todo lo anterior es en base al mundo fáctico o del ser. En cambio, el campo del deber ser donde se sitúan las normas jurídicas, no cabe hablar de verdad o falsedad, de corrección o incorrección, más bien hablamos de validez o invalidez.

En efecto, con el lenguaje formamos proposiciones fácticas, normativas o de la ciencia del Derecho, que podrán ser verdaderas o no, válidas o no, según correspondan al mundo fáctico o al mundo del deber ser o a la ciencia del Derecho. Una proposición fáctica por ejemplo, sería decir *“el hielo es frío”*, el predicado que se atribuye al hielo sería que es frío, éste juicio de hechos es verdadero, pues corresponde a la realidad. Sin embargo las proposiciones normativas están en el mundo ideal, o del deber ser, obedecen a una estructura reglamentada y son válidas o inválidas, y se rigen por la lógica jurídica; por ejemplo una proposición normativa que estableciera que *“está permitida la esclavitud”*, conforme a la lógica jurídica no podría ser válido pues contraviene a las normas fundantes, y en el particular, en la norma fundamental del Estado, la esclavitud está prohibida de manera categórica, de la prohibición de la esclavitud se desprende un derecho fundamental que todo ser humano tiene. Un enunciado o proposición de la ciencia del derecho, es distinto a las proposiciones normativas, pues el primero queda sujeto al método científico, a las leyes del razonamiento jurídico, a la lógica jurídica, a la argumentación, sería como ejemplo de éste, una hipótesis o afirmación formulada en un área del conocimiento jurídico, que de comprobarse sería correcta, en caso contrario, incorrecta. El señalar que la norma es una significación lógica, dependería de su creación, estructura y contenido, son acordes al ordenamiento jurídico, pues se ajustan al mismo y no lo contradicen, si esto es así, la norma tendrá una significación lógica. Qué sucedería, por ejemplo, cuando al formularse una norma jurídica, la proposición por la que se hace contraviene el orden jurídico trazado por las normas primarias. ¿Sería una significación lógica? Estimamos que conforme a la lógica jurídica no lo sería, pues

¹⁶⁴ HELENE, Weiss, *Lógica. Lecciones de M. Heidegger*, Traducción de Víctor Farías, Ministerio de Educación y Ciencia, Editorial Anthropos Promat, Barcelona, 1991, p. 93

sería inválida. Aunque la aseveración de Ossorio es correcta, prescindiremos de esa expresión toda vez que una definición además de ser breve también se exige que sea clara, y estimamos que la expresión en comento, puede generar confusión.

Como conclusión hemos evidenciado que esencialmente coinciden en éste aspecto Albadalejo, Castán Tobeñas, Villoro Toranzo, de Castro, Máximo Pacheco y Ossorio, en que las normas jurídicas son preceptos, ordenes, mandatos, reglas, o significación lógica; sin embargo, pretendiendo emplear una expresión que por su extensión comprenda a las anteriores, estimamos que la apropiada sería la de “*prescripción jurídica*” que como se planteó, engloba a las prohibiciones, a las órdenes o mandatos y a las permisiones; por ello, en el concepto a construir emplearemos este término. En éste sentido Carlos Santiago Nino quien considera que las normas en general, pero sobre todo las jurídicas corresponden al lenguaje prescriptivo.¹⁶⁵ Del mismo modo vale citar a Manuel Atienza, quien estima que las normas jurídicas son *directivas fuertes* a las que se les suele llamar prescripciones.¹⁶⁶

6.5.1.2. *Carácter imperativo-atributivo*

El concepto de Stammler sobre la norma jurídica como “*Juicio hipotético que condiciona la voluntad*”, tiene el siguiente alcance. Se trata en efecto de un juicio o proposición normativa; que es un juicio del deber ser, y por ende, prescribe conductas; sin embargo, no todas las prescripciones normativas se enuncian de manera condicional o hipotéticamente; hay juicios normativos que son categóricos puesto que imponen, prohíben o permiten sin más, esto es, de manera absoluta, sin hacer depender de ciertos acontecimientos definidos la prohibición, la permisión, y la orden o mandato. El segundo aspecto de la expresión: “que condicionan la voluntad”, estimamos que es correcta ésta proposición de Stammler. Esta aseveración implica que, el querer del sujeto o sujetos destinatarios de la norma, está supeditado a la misma; por lo tanto, esa voluntad está condicionada por el “deber ser”, la voluntad no es laxa, pues debe encauzarse al cumplimiento del deber. Toda auténtica norma jurídica *es condicionante de la voluntad*; empero, éste rasgo de la norma consideramos que va implícito en el carácter imperativo que toda norma genuina debe tener.

Por otra parte, de los conceptos expuestos, el de Emmanuel Kant es el único que aporta el elemento de “*imperativos categóricos o hipotéticos*”, siendo los primeros imperativos puros y simples ya que no están sujetos a la realización de algún acontecimiento, son órdenes determinantes expresadas en términos absolutos; su fórmula es “A, debe ser B”; los segundos en cambio dependen de la realización de

¹⁶⁵ “las normas jurídicas son una especie de la clase general de las normas y que las normas son un caso del uso prescriptivo del lenguaje.” NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 63

¹⁶⁶ “En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas –las directivas fuertes– que se suelen llamar prescripciones.” ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 25

algún acontecimiento descrito en la norma; su fórmula es: “Si A es, debe ser B”; es la clásica fórmula kelseniana. Si las normas jurídicas deben ser prescriptivas, esto es, deben *permitir, prohibir u ordenar*, entonces, resulta factible que todas ellas puedan existir ya de manera categórica o hipotéticamente. Una prohibición, permisión u orden que están expresadas en términos absolutos lo serían de tipo categórica; en cambio, una orden, prohibición o permisión supeditadas a la realización de determinados acontecimientos descritos en el enunciado normativo, lo serían de tipo hipotética. Vale la pena referir que, Carlos Santiago Nino propone una categoría adicional, se refiere a los juicios o imperativos disyuntivos que se componen de dos hipotéticos enlazados por la conjunción disyuntiva “o”, de tal manera que un imperativo disyuntivo implica que la conducta jurídicamente regulada, o está prohibida o está permitida, no podrían caber las dos a la vez, es decir, una misma conducta estar al propio tiempo prohibida y permitida. El soporte de dicha disyuntividad reside en que por necesidad, jurídicamente una conducta es lícita o es ilícita, más no ambas.¹⁶⁷ Por ésta razón para Cossio no es posible violar una norma jurídica.¹⁶⁸ Partiendo de las ideas precedentes, independiente del tipo de imperativo que fuera, –incluyendo a aún a los disyuntivos–, si definimos a la norma como *imperativo-atributiva*; en la parte que concierne a lo imperativo se estarían comprendiendo los distintos tipos de imperativos (*ya categóricos, hipotéticos o disyuntivos, inclusive*).

En ésta tesitura, según las definiciones que de norma jurídica varios juristas han expuesto también se refleja el que las normas jurídicas son imperativo atributivas. De los conceptos expresados por diversos juristas, tenemos lo siguiente: Eduardo García Máynez expresa que ésta norma –refiriéndose a la jurídica– “impone deberes y otorga derechos”; por su parte, Picatto Rodríguez recurre a la expresión “*impone obligaciones y en correlación con éstas otorga derechos*”, que esencialmente es lo mismo que plantea García Máynez; a su vez, tanto Leonel Pereznieta, como Máximo Pacheco, al declarar en sus definiciones que las normas jurídicas son *bilaterales*, en esencia estamos hablando de lo mismo; por lo que, sus concepciones tiene el mismo alcance en que se pronuncian sus predecesores, es decir, equivale a decir que son imperativo-atributivas, en eso consiste lo sinalagmático de la norma jurídica. Por su parte, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, en su concepto subrayan el aspecto *imperativo* de las disposiciones jurídicas, esto es, que las normas jurídicas son “*obligatorias*”, expresión ésta que es empleada en la definición que nos proponen; por lo que, al ser obligatorias se infiere que, frente al sujeto obligado, existe otro sujeto facultado para exigir el cumplimiento de la obligación, comprendiéndose esto en el aspecto atributivo de la norma, por lo que en suma, son *imperativo-atributivas*. Por último coincidiendo con los anteriores, Manuel Ossorio y Florit, dentro de la definición que nos brinda señala que la norma jurídica prescribe “*deberes y facultades*”. En conclusión, por lo antes formulado, el concepto de normas jurídicas

¹⁶⁷ Cfr. TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 175

¹⁶⁸ COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *op. cit.*, p. 374.

que se construya deberá comprender el carácter “**imperativo-atributivo**” de las mismas.

6.5.1.3. *Que regulan la conducta humana en su dimensión social*

De las definiciones planteadas, tanto Albadalejo, Castán, De Pina, Squella Narducci, y Ossorio, hacen evidente la característica de la exterioridad recurriendo a manifestaciones como: “ordenan la convivencia”, “rigen conducta social”, “regular conducta humana”, de lo que colegimos que también sus definiciones armonizan en el sentido de aceptar *que las normas jurídicas regulan la conducta humana en su dimensión social*. La dimensión externa implica que al derecho le interesa la conducta del ser humano para con otros, por ello es que la dimensión social comprenda esas relaciones intersubjetivas; de la dimensión puramente interna otros sistemas se ocupan como la moral y la religión.

6.5.1.4. *Cuya observancia puede imponerse coactivamente.*

A la doctrina kelseniana le debemos de manera importante la asociación de la coacción con la norma jurídica, ya que para Kelsen, no es posible concebir a ésta sin la sanción. Sin embargo, en el concepto que nos brinda Manuel Albadalejo subraya sobre la norma jurídica, que su “*observancia puede imponerse coactivamente*”, lo cual nos parece adecuado, ya que la coacción al ser el cumplimiento forzoso de la norma, comprende a la sanción. O como lo expresa Ossorio y Florit en su definición, las normas jurídicas “*establecen sanciones coactivas*”. Expresiones como: “eficacia social organizadora” de Federico de Castro; o “el Estado garantiza su observancia mediante sanciones”, empleada por Castán Tobeñas; o “cumplimiento garantizado por el legítimo uso de la fuerza”, quedan comprendidas en la expresión que proponemos.

Para Hans Kelsen las normas jurídicas establecen actos coercitivos, prescriben una sanción: Si es A (ilícito), entonces “debe ser” B (sanción); si B no es (incumplimiento), entonces debe ser C (coacción). Pretendemos utilizar el término coacción, ya que ésta presupone a las anteriores, es decir, no podría llegarse a la coacción si previamente no hubiera una sanción. Sobre la diferencia entre coerción, sanción y coacción, Fausto Vallardo lo sintetiza del modo siguiente: “*La coercibilidad es aquella nota lógica o característica de la norma de derecho, consistente en que el precepto enlaza una sanción a la realización de un determinado supuesto. La sanción es la consecuencia de derecho o efecto jurídico, que puede ser interpretado como una reacción de la comunidad política en relación con el autor del supuesto. Coacción es la ejecución forzada de la sanción, respecto del realizador del acto antijurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente por éste.*”¹⁶⁹

¹⁶⁹ VALLADO BERRÓN, Fausto E., *Teoría General del Derecho*, IIJ-UNAM, México, 1972, p. 96

6.5.1.5. *Dotadas de Validez formal y material.*

Lo anterior guarda relación con el aspecto que tiene que ver con la existencia y validez de las normas jurídicas. El aspecto formal de creación o validez formal de las normas jurídicas generales, es relativa a que, estas normas jurídicas deben ser creadas por las entidades que poseen competencia para su formación y a los procedimientos que deben seguirse para su existencia y validez. A éste respecto abonan Squella Narducci quien sostiene que las normas jurídicas “proviene de actos de formación normativa”; y a su vez, Ossorio y Florit expresa que la norma jurídica *es producto formal de los órganos facultados para crearla*. En cuanto a las normas jurídicas individualizadas, el aspecto formal de creación, estriba en que la voluntad de las partes o del autor de la misma, se exprese de la manera que la misma norma general exige tanto para su existencia, como para su validez.

El aspecto material de creación o validez material alude al contenido de la norma. Para las normas jurídicas generales este contenido consiste en la congruencia que deben guardar éstas con el ordenamiento jurídico positivo; el que no contravengan a normas, valores o principios superiores. Otero Parga en relación a éste aspecto, que en su estimación debe contener la norma jurídica, le denomina “*carácter ético-natural*”. Para las normas jurídicas individualizadas el aspecto material de creación, el carácter ético en su conformación, se traduce en que no se obre con dolo, con mala fe; que no exista violencia; y que no se abuse de la ignorancia, miseria, inexperiencia o extrema necesidad de otros obteniendo ventajas injustas de esas situaciones; todo esto es a lo que la doctrina jurídica denomina como vicios de la voluntad; también, en que la voluntad expresada no contenga conductas que contravengan a las normas jurídicas generales.

6.5.1.6. *Ámbito espacial, temporal y teleología.*

De las definiciones que anteceden, Ossorio y Florit, es el único que en su concepto refiere de manera expresa a los ámbitos temporal y espacial a través de las expresiones “*tiempo y lugar determinados*”. Estimamos que el ámbito temporal es un elemento esencial en el concepto, debido al dinamismo del derecho; el derecho evoluciona a través del tiempo, las instituciones jurídicas evolucionan y la norma jurídica, en consonancia, debe irse adaptando a las exigencias sociales.

Lo mismo sería *el ámbito espacial*, el espacio territorial de un Estado, es también un elemento importante, pues el derecho y sus normas, se identifican con el conglomerado humano que reside en un territorio determinado, y por ende, las prescripciones jurídicas, no han de ser ajenas a los aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y otros de diversa índole que corresponden al ámbito espacial. En el constructo de norma jurídica deberemos contemplar éstos ámbitos.

Por último, en cuanto a la teleología, Squella Narducci estima que las normas jurídicas *“Apuntan a la realización de determinados fines o aspiraciones de orden, paz, seguridad y justicia.”* Reforzando lo anterior, previamente se había destacado y precisado que los fines del derecho eran según Radbruch, Lefur y Delos, *la justicia, la seguridad y el bien común.*¹⁷⁰ Para Ihering descansan en el bienestar y la *consecución de la justicia.*¹⁷¹ Para Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín los fines del derecho son, *la justicia, la equidad, el orden, la paz y la seguridad y el bien común.*¹⁷² Conforme a Villoro Toranzo las normas jurídicas tienen como *fin intrínseco a la justicia* y como *fin extrínseco al bien común.*¹⁷³

6.5.1.7. Bilateralidad, exterioridad, heteronomía y coercibilidad

Dentro de la definición que proponen Máximo Pacheco y Leonel Pereznieta, agregan de manera expresa las características de las normas jurídicas: bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Estamos de acuerdo que estas son las características distintivas de las normas jurídicas; sin embargo, estimamos que resultaría repetitivo expresarlas, pues estimamos que en los apartados previamente expuestos están contempladas, y a continuación se explica.

La bilateralidad se estima queda comprendida en lo que hemos destacado como *“carácter imperativo-atributivo”*; la exterioridad dentro de la expresión que hemos expuesto con el enunciado *“que regulan la conducta humana en su dimensión social”*; la heteronomía queda incluida en el enunciado *“dotadas de Validez formal y material”*; y por último, la coercibilidad queda contemplada en el apartado que hemos denominado *“observancia puede imponerse coactivamente”*.

Del análisis anterior y por las consideraciones que previamente fueron hechas, proponemos como definición de norma jurídica la siguiente:

Prescripciones jurídicas de carácter imperativo-atributivas, dotadas de validez formal y material, que en un tiempo y lugar determinados regulan la conducta humana en su dimensión social, y se enfocan a la realización de determinados fines o aspiraciones de orden, paz, seguridad, justicia y bien común, cuya observancia puede imponerse coactivamente.

¹⁷⁰ LEFUR, Luis, DELOS, Joseph Thomas, RADBRUCH, Gustav, y otros. *Los Fines del Derecho: Bien Común, Justicia y Seguridad*. Trad. Daniel Kuri Breña, UNAM, México, 1981

¹⁷¹ VON IHERING, Rudolf, *El fin del Derecho*, Traducción de Leonardo Rodríguez, Biblioteca de Filosofía y Sociología, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911 p. 273 y ss

¹⁷² Vid. MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *op. cit.*, p. 61 a 68

¹⁷³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 222 y 223

6.5.2 Características de la norma jurídica

Con anterioridad se habían explicado las características genéricas de las normas en general, y en ellas se planteaba que de las normas jurídicas lo eran *la bilateralidad, la exterioridad, la heteronomía y la coercibilidad*; en ello coincidían García Máynez, Cárdenas Gracia, Leonel Pérez Nieto, Squella Narducci; inclusive éste último así lo subraya: “de las normas jurídicas puede decirse que son *exteriores, heterónomas, bilaterales y coercibles*.”¹⁷⁴; por lo anterior, podemos expresar que estas son las que tradicionalmente se consideran como características de las mismas; sin embargo, estimamos adecuada la concepción de Álvarez Ledesma quien estima que “no son una sino algunas las características que hacen distinguibles a las normas en tanto que jurídicas, toda vez que éstas poseen un carácter complejo; es decir, para que sean calificadas así debe acudirse a varios criterios;”¹⁷⁵ No se trata de repetir lo antes dicho, sino de contextualizar el significado a las normas jurídicas

6.5.2.1 Características tradicionalmente aceptadas

a) *Bilateralidad*

Bilateralidad significa “dos lados”, por un lado los derechos y por el otro las obligaciones; por ello se afirma que las normas jurídicas son *imperativo-atributivas*. La bilateralidad de las normas jurídicas reside en que ante el sujeto obligado, se encuentra otro que jurídicamente está autorizado para exigir la realización de la obligación y recíprocamente, frente al titular del derecho, existe otro que está obligado al cumplimiento de la obligación.

Toda auténtica norma jurídica, sin excepción es *imperativo atributiva*,¹⁷⁶ esta expresión constituye otra forma de designar el carácter bilateral de las normas jurídicas, el carácter imperativo indica que la norma jurídica impone obligaciones o deberes; y el carácter atributivo, consiste en que la norma jurídica confiere facultades o derechos. Basta que la norma jurídica simplemente faculte a alguien, o que simplemente obligue a alguien. Frente al facultado u obligado, existirá respectivamente otro obligado o facultado. En el testamento por ejemplo, los herederos o legatarios, conforme a la voluntad del testador están facultados para exigir que se cumpla la última voluntad; frente a ellos, el obligado será el ejecutor de la voluntad testamentaria. Por ello cuando se señala que la norma jurídica es imperativa, no es que sea una característica distinta que la bilateralidad.

¹⁷⁴ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 112

¹⁷⁵ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 15

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 41

b) Exterioridad

Algunos le llaman también alteridad, ya que norman la conducta de una persona en relación con otras, lo que presupone la externación de conductas, pues no sería factible una relación para con otras con el mero pensamiento o con la mera intención; por ello, la exterioridad de las normas jurídicas radica en que sólo tienen relevancia para el Derecho aquellas conductas que trascienden al fuero interno de la persona; lo que única y exclusivamente se queda en la dimensión interna no tiene relevancia jurídica; lo interior incumbe al derecho cuando se relaciona con conductas que han trascendido de la dimensión interna a la externa; tal es el caso, por ejemplo de los delitos calificados, del dolo, la culpa, la mala fe, el *animus domini*, *animus possidenti*, *affectio societatis*, *affectio maritalis*, el *animus* en la posesión, entre otros, que aparecen como elementos internos en los que para ser juzgados jurídicamente, se requiere correlacionar lo interno con lo externo.

c) Heteronomía

Heteronomía -*puntualiza Narducci*- es sujetarnos a la voluntad de otros, y esto ocurre en tratándose de la norma jurídica, pues es creada por una persona diversa al destinatario de la misma.¹⁷⁷ La heteronomía significa que una persona es quien produce las normas y otros son a quienes se dirige; las normas jurídicas *se crean y se imponen* por un sujeto distinto al destinatario; por ello es que, las normas jurídicas se crean de manera independiente a la voluntad de los destinatarios de la misma. Martínez Murulanda expresa que “Una voluntad es heterónoma cuando recibe pasivamente la ley de algo o de alguien que no es ella misma.”¹⁷⁸

La heteronomía tiene dos vertientes: una tiene que ver con *la creación u origen* de la norma y otra en cuanto a *la imposición* de la misma; por lo tanto, la norma jurídica es heterónoma porque se crea e impone fuera de la voluntad del destinatario. Destaca Squella Narducci, que las normas jurídicas en son heterónomas dos sentidos: primero, porque la crea el órgano legislativo; y segundo, porque se aplican o imponen por los órganos respectivos independientemente del querer del obligado.¹⁷⁹ Advertimos que de estas vertientes que derivan de la heteronomía de la norma jurídica, *en cuanto a la creación*, predomina el aspecto de la *generalidad* de las normas; y *en cuanto a la imposición*, predomina el aspecto de *la individualidad*.

Se trata pues de normas creadas e impuestas por una voluntad ajena, y por lo tanto, si exigen una *conducta positiva* son imperativas, o prohibitivas si exigen una *conducta negativa*; así, la heteronomía en relación a las dos grandes especies de

¹⁷⁷ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 81

¹⁷⁸ MARTÍNEZ MARULANDA, Diego, *Fundamentos para una Introducción al Derecho*, Erinia Editorial Universidad de Antioquía, Medellín, 2007, p. 52

¹⁷⁹ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 81 y 82

normas jurídicas se realiza de la siguiente forma: *en cuanto a su creación*, las normas jurídicas generales son emitidas por las autoridades productoras de normas mediante los actos de creación establecidos también por normas jurídicas, y sus destinatarios por regla general no participan de manera directa en su creación; e incluso, pueden ser creadas en contra del querer de ellos. Lo mismo se puede decir de las normas jurídicas particulares, pero ellas *en cuanto a su imposición o individualización* ya que son decretadas independientemente de la voluntad del sujeto a quien se impone, por ejemplo un decreto expropiatorio, un laudo de órgano jurisdiccional administrativo o una sentencia judicial; en ellos no dependen de la voluntad del sujeto a quien le decretan la expropiación de sus bienes; el laudo o la sentencia se pronuncian aún en contra de la voluntad de las partes.

Por último, a raíz de la concepción del neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales, la heteronomía queda sólo como una característica ideal, que por tanto, admite excepciones; algunas normas jurídicas dan cierta importancia a la autonomía de la voluntad, aspectos de tipo moral han sido replanteados y reconocidos jurídicamente. Squella Narducci puntualiza *“la heteronomía del derecho, según mostramos en su momento, es sólo una característica dominante, puesto que admite importantes salvedades, una de las cuales, de índole precisamente moral, se vincula a la objeción de conciencia, mientras que otra, de tipo específicamente jurídico, se relaciona con la existencia de modos de producción de normas jurídicas que muestran una importante dimensión de autonomía.”*¹⁸⁰ De lo antes expresado tenemos un claro ejemplo de ello es la objeción de conciencia entendida como *“la actitud de aquel que se niega al cumplimiento de una ley o mandato de la autoridad por mantenerse fiel a sus propias exigencias interiores. Se trata de una desobediencia individual y estrictamente privada por parte de aquel a quien la voz de la conciencia le impide realizar una determinada acción impuesta o tolerada por la legislación civil.”*¹⁸¹

El otro campo que insinúa Squella se refiere a los modos de producción de ciertas normas jurídicas estimamos que es el de los contratos. En efecto, el terreno donde el derecho positivo reconoce la autonomía de la voluntad es el terreno de los convenios que, simplemente no existen válidamente sin la manifestación libre de la voluntad del autor o de las partes, y ese acuerdo de voluntades la ley lo reconoce cuando expresa: *“Los contratos se perfeccionan y surten efectos entre las partes por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la equidad, a la buena fe, a la costumbre, al uso o a la ley.”*¹⁸²; y tal y como lo hemos evidenciado, la doctrina los ha considerado como una especie de normas jurídicas;

¹⁸⁰ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 153

¹⁸¹ LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, *Objeción de conciencia e insumisión, Reflexiones éticas*, Editorial Sal Terrae, Madrid, 1995, p. 7.

¹⁸² Artículo 1283 del Código Civil para el Estado de Guanajuato

también tenemos el principio *res inter alios acta*, legalmente expresado como: “Los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan. Los terceros que se beneficien con sus estipulaciones pueden exigir su cumplimiento en aquello que les afecte.”¹⁸³

Para estos casos particulares, tendríamos previo a la celebración una heteronomía imperfecta; la heteronomía como tal, se daría sólo para su ejecución, pues, una vez que se crea el contrato, ya no queda a la libre decisión de una de las partes su cumplimiento, cobrando importancia principios como el *pacta sunt servanda*, que obliga al cumplimiento del mismo en los términos convenidos, o el principio que deriva de la ley que predica “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”,¹⁸⁴ son claros ejemplos de ello.

d) Coercibilidad

La coercibilidad es un enunciado que encierra la cualidad esencial de la norma jurídica, y que es la eventualidad de llegar legítimamente al empleo de la fuerza pública para conseguir el cumplimiento de la norma, y/o aplicar la sanción correspondiente por haberla infringido.¹⁸⁵ De los sistemas normativos el que de manera exclusiva posee ésta particularidad es el jurídico; éste es el atributo por excelencia que permite deslindar a las normas jurídicas pues todos los demás sistemas normativos son incoercibles. La coacción, es la característica esencial de la norma jurídica; Álvarez Ledesma destaca que es “la característica más acusada (o esencial) de las normas jurídicas, la coacción,”¹⁸⁶ ,

Es de aclarar que coercibilidad y coacción no son lo mismo; la coercibilidad es la mera posibilidad del uso de la fuerza para el cumplimiento de la norma; la coacción es el uso efectivo de la fuerza;¹⁸⁷ la coercibilidad es la mera cualidad que deriva de la norma; un acto coactivo es lo último y no puede existir sin una sanción previa, es decir, ante la sanción derivada del incumplimiento de la norma, la coacción es el tener que emplear el uso de la fuerza para lograr el cumplimiento de la misma; por tanto, de las proposiciones normativas que no tienen sanción, es factible sólo su cumplimiento espontáneo (voluntario), pero no forzoso, ya que al carecer de acción, no es posible sanción alguna y por tanto, jurídicamente no es factible llegar a la coacción; por ello es que las proposiciones que carecen de sanción, propiamente no tienen la cualidad de normas jurídicas.

¹⁸³ Artículo 1285 del Código Civil para el Estado de Guanajuato

¹⁸⁴ Artículo 1284 del Código Civil para el Estado de Guanajuato

¹⁸⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 83

¹⁸⁶ Sobre la coacción señala que “... no le debe ser asignada a la norma jurídica tomada aisladamente sino al conjunto de las normas que componen un ordenamiento jurídico.” ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 15

¹⁸⁷ “La coacción es el uso efectivo de la fuerza, mientras que coercible o coercibilidad es la mera posibilidad de aplicarla.” MARTÍNEZ MARULANDA, Diego, *op. cit.*, p. 234

6.5.2.2. Otras características de la norma jurídica

Por su parte, Máximo Pacheco nos plantea que las características de las normas jurídicas son la: “*exterioridad, bilateralidad, determinación, imperatividad, coactividad, finalidad.*”¹⁸⁸ Soto Gamboa¹⁸⁹ coincide plenamente con el planteamiento de Pacheco. De ésta propuesta, se advierte que además de las tradicionales características anteriormente señaladas, se consideran adicionalmente otras: *la determinación, la imperatividad y la finalidad*; que consisten de manera respectiva en:

6.5.2.2.1 La determinación.

Lo ideal es que la norma jurídica encierre enunciados claros, Máximo Pacheco subraya que las normas se manifiestan comúnmente “*con un contenido fijo, cierto y reconocible,*” para evitar en todo lo previsible que haya dudas; y en caso de que se suscitaren, la autoridad judicial será quien en definitiva les de el genuino sentido y alcance que corresponda.¹⁹⁰

Estimamos que la claridad en la expresión es aplicable a todas las normas jurídicas, sean genéricas o individualizadas, pues todas deben tener un contenido fijo, cierto y reconocible; ésta es una aspiración, que como cualidad deben tener todas las normas; no obstante, al ser las normas jurídicas una forma de uso del lenguaje, ninguna norma está exenta de los diversos alcances o sentidos que se les pidiera dar; por ello será el órgano aplicador de la misma, quien en base a las reglas y cánones que rigen la interpretación de las normas, determine en definitiva el alcance de las mismas.

6.5.2.2.2 La imperatividad.

Las normas jurídicas generales son creadas e impuestas por el Estado en base al *ius imperium*, a través de sus órganos facultados para su creación o aplicación, y mediante los procesos establecidos para ello. Imperatividad equivale a imponer un deber, las normas jurídicas esencialmente lo son, ya que imponen deberes positivos o negativos.¹⁹¹ Estimamos que la imperatividad queda comprendida en la heteronomía, planteábamos que la heteronomía tiene dos vertientes, una de ellas era en cuanto a la imposición, en ésta es donde queda incluida la imperatividad; una norma jurídica se impone fuera de la voluntad y más aún, en contra de la voluntad de los destinatarios.

¹⁸⁸ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 50 y ss

¹⁸⁹ SOTO GAMBOA, María de Los Ángeles, op. cit., p. 20 y 21

¹⁹⁰ Cfr. PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 50

¹⁹¹ Cfr. *Ibidem*. p. 51

6.5.2.2.3 La finalidad.

La teleología de las normas del derecho es instaurar un *“ordenamiento justo de las relaciones entre los hombres, que permita a cada cual su integral desarrollo con miras al bien común de la sociedad.”*¹⁹²

Consideramos que *la finalidad si es una característica que pudiera ser considerada de manera adicional a las tradicionalmente aceptadas*; no tenemos duda que toda norma jurídica tiene una finalidad; pero esa finalidad debe ser racional y no contraria a los principios y valores en que se sustenta el ordenamiento jurídico; de las normas jurídicas generales esa finalidad descansa en la consecución de **la justicia, la equidad y el bien común**, para así lograr el orden, la paz, la seguridad jurídica y la convivencia armónica en una comunidad humana; la de las normas jurídicas individualizadas esa finalidad también se fundamenta en **la equidad y la justicia**; por ello es que si una sentencia es injusta por no estar sustentada en el derecho aplicable, se puede revocar a través del recurso correspondiente; si el contrato tiene un objeto ilícito; si se abusa de la ignorancia, miseria o inexperiencia; si se obtiene un lucro indebido; si se emplea la violencia física o moral; si se engaña a otro por medio del dolo, o si se actúa de mala fe; si se contrata con un incapaz –entre otras– situaciones análogas; el derecho toma en consideración todas éstas circunstancias para entonces, invalidar el contrato; por lo que, la finalidad en las normas jurídicas individualizadas también es importante, por ello es que el derecho no puede reconocer aquellos fines que sean injustos o inequitativos, para ellos existe la nulidad como sanción que impone el derecho.

6.5.2.2.4 La generalidad.

Miguel Villoro Toranzo es categórico, en diversas obras expresa que toda norma jurídica debe ser general. Según Miguel Villoro Toranzo la norma jurídica explica: *“una norma debe ser “general”, esto es, que se debe dirigir a un número indeterminado de personas, y que la misma debe haber sido emitida por “quien tiene autoridad para regular la conducta de otros”*¹⁹³ Disentimos de su apreciación, porque de aceptarla, no tendrían cabida las normas jurídicas individualizadas.

6.5.3. Elementos de las normas prescriptivas según Georg Henrik Von Wright

Señalábamos que el uso prescriptivo llamado también directivo, se actualiza cuando se rige el comportamiento de otros, comprendiéndose en el mismo a mandatos, las prohibiciones y también a las permisiones. Toda auténtica norma jurídica, para ser tal, deberá ser prescriptiva.

¹⁹² *Ibidem.* p. 56

¹⁹³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 465

Para el autor en comento, las normas prescriptivas se conforman de los siguientes elementos:¹⁹⁴

1) Carácter; 2) Contenido; 3) Condición de aplicación;	Núcleo Normativo (son la estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otras normas)
4) Autoridad; 5) Sujeto; 6) Ocasión	Elementos distintivos , que necesariamente no se encuentran en las demás normas
7) Promulgación; y 8) Sanción.	Elementos accidentales o accesorios, ya que no forman parte de la prescripción, pero sirven para definirla

6.5.3.1 El núcleo normativo

Constituye la panacea, la parte central, al conformar la *estructura lógica* que las prescripciones tienen en común con otras normas; éstas son: 1) Carácter; 2) Contenido; 3) Condición de aplicación.

Carácter: que la norma se dé para que algo deba, no deba o pueda ser hecho; esto es, el operador deóntico, la acción permitida, prohibida, debida o facultativa.

Contenido: lo que la norma señala como permitido, prohibido, u obligatorio; acciones o actividades revestidas deónticamente. Al comentar el contenido de la norma Carlos Santiago Nino señala que es lo que como conducta es declarado por la norma como "*lo ordenado*", "*lo prohibido*" o "*lo permitido*" "o sea *acciones* (por ejemplo, matar, reír, insultar, pagar), o *actividades* (fumar, caminar sobre el césped, hacer propaganda política, etcétera)." ¹⁹⁵

Condición de Aplicación: Es el acontecimiento que tiene que darse para la aplicación del contenido de la norma, son las circunstancias requeridas para que haya la oportunidad de realizarse el contenido de la norma. Respecto de la condición de aplicación las normas se clasifican en *categorías* e *hipotéticas*.¹⁹⁶

¹⁹⁴ WRIGHT, Georg Henrik, VON, *op. cit.*, p. 26,27 y 34

¹⁹⁵ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 73

¹⁹⁶ *Ibidem.* p. 76

6.5.3.2 Elementos distintivos:¹⁹⁷

Elementos distintivos de las prescripciones, son aquellos que los distinguen de otras normas, ya que necesariamente no se encuentran en las demás normas; estos elementos son: 4) Autoridad; 5) Sujeto; y 6) Ocasión.

Autoridad: La autoridad normativa, es el agente quien dicta o emite la norma. Pueden *teónomas y positivas*, según provengan de Dios o del ser humano;¹⁹⁸ *heterónomas o autónomas*, según un agente se las da a otro, o el agente se las da a sí mismo.

Sujeto: El sujeto normativo o sujeto de la prescripción, es el destinatario de la norma. Pueden ser generales o particulares, según se dirijan a “uno o más agentes determinados”, o “a una clase de agentes indeterminados por medio de una descripción.” Los que se ubiquen en un determinado supuesto (los argentinos, los abogados, los que viven en la Capital,...);¹⁹⁹ conjunta (si se dirige a todos) o disyuntivamente generales (si se dirige a uno o varios sujetos indeterminados)

Ocasión: Se refiere a los ámbitos temporales y/o espaciales de aplicación de las normas. Carlos Nino refiere en tratándose de la ocasión es la determinación del tiempo y lugar en que debe verificarse lo que contine la prescripción, verbigracia, “[...]”*mañana* debes ir a la escuela” es una prescripción que menciona una ocasión temporal; “está prohibido fumar *en el aula*”, señala una ocasión espacial.”²⁰⁰ Al igual que el anterior elemento pueden ser particulares o generales, y éstas últimas pueden ser conjuntiva o disyuntivamente generales.

6.5.3.3 Elementos accidentales

Los elementos accidentales o accesorios, en estricto sentido no son componentes de la prescripción misma, más sin embargo no le van mal, pues son parte del proceso de creación o sirven para definirla con la consecuencia que se deriva para el caso de su inobservancia, por ello que los estemos denominando elementos accidentales; tales elementos son:

¹⁹⁷ Von Wright caracteriza a las normas prescriptivas mediante estos elementos que las distinguen. Emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que se llama *autoridad normativa*. Están destinadas a algún agente, llamado el *sujeto normativo*. Para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de determinada manera, la autoridad *promulga* la norma. Para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade a la norma una *sanción*, o amenaza de castigo. *Ibidem.* p. 68 y 69

¹⁹⁸ *Autoridad.* La autoridad de una prescripción es el agente que la emite o la dicta. Por su autoridad, las normas se clasifican en *teónomas y positivas*, según se suponga que emanan de un agente supraempírico, de Dios, o estén dictadas por un ser humano. *Ibidem.* p. 76

¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 77

²⁰⁰ *Idem.*

La promulgación: Es la formulación de la prescripción; la promulgación es necesaria para que el destinatario de la norma esté enterado y se conduzca de una determinada manera; y

La sanción: Es la amenaza o castigo para el caso de inobservancia de la prescripción; la sanción es necesaria para la eficacia de la voluntad del emisor.

Para los convenios, como especies de normas jurídicas, por ejemplo no es aplicable la promulgación, y puede ser que carezcan de sanción definida en los mismos; empero, estos elementos, en cambio, sí resultarían aplicables a las leyes; y las genuinas prescripciones generales, para que sean auténticas normas jurídicas, deben contenerlas. Toda ley, para poder regir y poder ser aplicada requiere todo un proceso, dentro del cual, la promulgación y la publicación son partes esenciales del proceso u tienen fundamental importancia dentro del mismo, y a fin de que puedan ser obedecidas, es necesario que se establezcan las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Las normas jurídicas particulares, sin embargo, en sentido estricto, no son promulgadas, y pueden contener sólo derechos y/o, obligaciones, sin definir las consecuencias atribuibles para el caso de incumplimiento (sanciones convencionales); no obstante, ante tal omisión, se aplica el derecho supletorio al convencional, deduciéndose éstas de las normas generales aplicables al caso.

6.5.4. Causas: material, formal, eficiente y final de las normas jurídicas.

Otero Parga señala cuatro características que considera como esenciales de las normas jurídicas.²⁰¹ La causa materia, formal, eficiente y final. Las dos primeras determinan su esencia, según Beuchot: “las causas material y formal constituyen la esencia de la cosa, son sus causas intrínsecas y entitativas.”²⁰² Son las que definen y distinguen al ente; sin ellas no se podría conocer e identificar el ser.

6.5.4.1 Su causa material (juicio racional)

Antes de pronunciarnos al respecto, la causa material nos ilustra García Morente, es “aquello de que está hecha una cosa.”²⁰³ Es “aquello de lo cual y en lo cual se hace algo (p. ej.: una mesa está hecha de madera) [...] Las características de la causa material se encuentran *en la materia prima.*”²⁰⁴ Para Otero Parga, la causa material de las normas jurídicas es el juicio racional. Lo anterior, llevado al campo de las normas jurídicas vendría a ser *el contenido de las mismas; que las proposiciones normativas contengan juicios racionales, quiere decir que sean razonables en la*

²⁰¹ OTERO PARGA, Milagros, “Un tipo de ley. La norma jurídica”, *op. cit.*, p. 208

²⁰² BEUCHOT, Mauricio, *Metafísica la ontología Aristotélico-tomista de Francisco de Araújo*, UNAM, México, 1987, p. 335

²⁰³ GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas*, Vol. 1, Coeditan: Fundación Caja de Madrid, y Editorial Anthropos, Barcelona, Barcelona, 1996, p. 100

²⁰⁴ GAY BOCHACA, José, *Curso de Filosofía*, Ediciones RIALP, S.A., Madrid, 2004, p. 135

medida que son justos, equitativos, lógicos, proporcionales. A diferencia de Hans Kelsen para quien la validez de la norma jurídica sólo interesa su estructura formal sin que sea esencial el contenido de la misma; por nuestra parte estimamos que en una auténtica norma jurídica, el juicio de racionalidad es de fundamental importancia.

6.5.4.2 Su causa formal (promulgación).

La causa formal “es el objeto formal, junto con la causa material son causas intrínsecas y esenciales”.²⁰⁵ Sobre ésta idea Gay Bochaca nos explica que es “el acto o perfección intrínseca por la que una cosa es lo que es, tanto en el ámbito de la substancia como en el de los accidentes” (p. ej.: “el alma hace que el hombre sea hombre o por el color le hace ser blanco, etc.”).²⁰⁶ De una mesa de madera ¿cuál es la causa material y cual la formal? La causa material es la madera, pues es de lo que está hecha, y la causa formal sería la apariencia o la forma en que está trabajada la madera, ya que esto es lo que lo hace ser una mesa y no una silla o un lápiz, –por ejemplo–; su causa formal *es su apariencia* que tiene como mesa y no como silla.

Aunque Otero Parga considera que la causa formal de las normas jurídicas es *la promulgación*, juzgamos que es necesario hacer algunas precisiones, ya que la si bien es cierto, la promulgación lo será para algunos casos como el de la ley; también lo es, que no puede tenerse como la única para todos los casos de normas jurídicas, *un reglamento o una sentencia*, por ejemplo, en estricto sentido, no requieren de promulgación.

Lo anterior llevado al terreno de las normas jurídicas, nos indica que la causa formal de ellas sería *lo que los hace ser normas jurídicas* y no otra especie de normas; es decir, la causa formal sería *el modo en que se manifiestan* y por lo tanto, poder distinguir a las normas jurídicas de otras proposiciones o prescripciones normativas.

Ahora bien, habida cuenta que las normas jurídicas tienen varias especies: *la ley, el reglamento, la sentencia, el testamento, el contrato*, son algunas de ellas ¿cómo sabemos que la proposición normativa ante la que nos encontramos es jurídica? De los procesos de creación, que para cada uno de ellos reconocen las normas constitutivas, es de donde se derivan y entonces se manifiestan como tales; así, creemos que a la causa formal *es la válida manifestación de ellas*, si es una *ley* será pues a partir de su *promulgación* presuponiendo todos los actos previos señalados para su creación, pues a partir de la promulgación y publicación, todos los destinatarios saben que es una ley; si es un testamento, mediante las diversas formas de testamento que la ley reconoce y deberán observarse todos los elementos

²⁰⁵ BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la filosofía de santo Tomás de Aquino*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2004, p. 44

²⁰⁶ GAY BOCHACA, José, *op. cit.*, p. 135

esenciales y los de validez del *testamento*; lo mismo si se trata del contrato deberán cumplirse las exigencias legales para la validez del mismo; en cuanto a su forma, habrá que ver si es formal o consensual para determinar si es suficiente el mero acuerdo de voluntades, o ese acuerdo debe emitirse de una forma específica; para la validez de una sentencia, si se han cumplido todos los presupuestos previos a la pronunciación de la misma, y si ésta, además cumple con los requisitos de forma (vistos, resultandos, considerandos y resolución propiamente dicha).

6.5.4.3 Su causa eficiente (autor)

Sobre ésta causa eficiente nos explica Iramain que “el sujeto de la acción es definible como causa eficiente, aquello de lo que, ante todo, proviene el cambio (producir, hacer, efectuar).”²⁰⁷ A su vez, Mauricio Beuchot nos dice que “el agente, es el que dispone y adapta la materia y la forma en un orden al fin que intenta.”²⁰⁸ A la causa eficiente se le llama también causa motriz (causa movens).²⁰⁹ La causa final de las normas jurídicas es *–a consideración de Otero Parga–, el autor de las mismas.*

Por tanto, quien en las normas jurídicas adapta la materia y la forma definitivamente que es su autor, pero no es un solo sujeto, pues eso dependerá de cada una de las especies de norma jurídica a la que nos refiramos. Así, *el autor puede serlo ya el legislador, ya la autoridad administrativa, ya el juez, ya el testador, o ya las partes contratantes.*

6.5.4.4 Su causa final (bien común).

La causa final nos explica García Morente es “el propósito, el fin para el cual está hecha la cosa”.²¹⁰ La causa final de la norma jurídica a consideración de Otero Parga es el *bien común*. Las normas jurídicas tienen como teleología, *la justicia y el bien común*; por lo tanto, juzgamos que la finalidad si es una característica que debe ser considerada aparte de las tradicionalmente aceptadas; esa finalidad reiteramos, descansa en *la consecución de la justicia, la equidad y el bien común, para alcanzar el orden, la paz, la seguridad jurídica y la adecuada convivencia social.*

Todas las anteriores son consideradas para Otero Parga como características esenciales de la norma jurídica; algunas características accidentales para la misma autora serían: *la claridad, la brevedad, la honestidad.*²¹¹ La claridad y brevedad,

²⁰⁷ “es aquello de lo que primaria y ejecutivamente procede el movimiento o hacerse de la cosa... -ésa es su cualidad específica-. IRAMAIN, Juan L., *Teoría de la Acción informativa*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2006, p. 75, 76 y 77

²⁰⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Metafísica la ontología Aristotélico-tomista de Francisco de Araújo*, op. cit., p. 335

²⁰⁹ GAY BOCHACA, José, op. cit., p. 135

²¹⁰ GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas, Vol. I*, op. cit., p. 100

²¹¹ “Los caracteres accidentales “cabría señalar la justicia, la honestidad, la claridad, la brevedad etc.” OTERO PARGA, Milagros, “Un tipo de ley. La norma jurídica”, op. cit., p. 208

coinciden con la “Determinación”, característica que propone Máximo Pacheco, y que fue desestimada.

6.5.5 Estructura de la norma jurídica

Clemente Soto Álvarez considera una doble dimensión sobre la estructura de las normas; la *estructura formal* y la *estructura material*. En efecto, señala: “La estructura formal de la norma está constituida por las *proposiciones gramaticales* en que se expresa o puede expresarse. El aspecto material está constituido por el contenido de la norma, el cual cambia de una clase a otra de preceptos normativos, pero en todo caso se caracteriza por estar encaminado a realizar un valor positivo. El contenido o aspecto material el que permite distinguir entre las normas jurídicas, las éticas y las del trato social.”²¹² Cabe aclarar que en éste apartado nos referiremos sólo a la primera; ya que la segunda tiene que ver sobre el contenido de la norma y ésta dimensión la estudiaremos en otro apartado referente a la validez de las normas jurídicas.

Coincidiendo con la aludida *estructura formal* precitada, constituida por proposiciones gramaticales, una forma de expresar la estructura normativa es concebirla como un juicio normativo; según Abelardo Torré, la norma jurídica tiene la estructura de un juicio llevado al contexto jurídico y consta de tres elementos: *sujeto, cópula y predicado*.²¹³ En base a ello, estimamos que *el sujeto* es el *destinatario* de la norma; *la cópula* viene a ser la *acción u omisión*, es decir, la *conducta atribuible* al sujeto; y el *predicado*, lo constituye la *consecuencia normativa o sanción*. Por ejemplo. “Los sujetos que obtienen ingresos en el territorio nacional, tienen la obligación de pagar impuesto sobre la renta por esos ingresos”. El sujeto estaría conformado por “*quienes obtengan ingresos en el territorio nacional*”; la cópula es el verbo o conducta atribuible, y lo es el “*obtener ingresos en el territorio nacional*”; y el predicado sería la consecuencia normativa atribuible, y lo es el “*pagar impuesto sobre la renta por esos ingresos*”.

Ahora bien, estos juicios pueden ser de tres clases: *categoricos, hipotéticos o disyuntivos*. Emmanuel Kant en su “Crítica de la Razón Pura, en el epígrafe intitulado “De la función lógica del entendimiento en los juicios”, considera que estos por su relación admiten la clasificación antes expuesta;²¹⁴ aunque de manera preponderante se estima que los dos primeros, el de los imperativos categoricos o

²¹² SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Limusa Noriega Editores, México, 1982, p. 25 y 26

²¹³ “el juicio es una relación de conceptos, hecha de cierta manera, que consta de tres elementos: sujeto, cópula y predicado. Pues bien, para aplicar esta noción al campo del derecho, tomemos como ejemplo una norma jurídica, que podríamos enunciar así: “el automovilista que sobrepasa los 80 km por hora, debe pagar tal multa”, o en otros términos, “dado tal exceso de velocidad, debe ser el pago de tal multa por el infractor”. TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 170

²¹⁴ Vid. KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, Trad. Manuel García Morente, Editora Nacional, Madrid, 1973. También en KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 35.

hipotéticos lo relacionamos con el pensamiento de Emmanuel Kant;²¹⁵ el segundo el de los juicios hipotéticos con el pensamiento de Hans Kelsen y el tercero el de los juicios disyuntivos con el de Carlos Cossio. Y se expresan con las siguientes fórmulas:

"Juicio categórico: "debe ser P" o "P debe ser".

Juicio hipotético: "dado A, debe ser P".

Juicio disyuntivo: "dado A, debe ser P, o dado no-P, debe ser S".²¹⁶

Entonces, las normas jurídicas al ser expresiones lingüísticas expresadas a manera de juicios, pueden corresponder a uno de éstos criterios antes señalados. Si los elementos requeridos no se reúnen en una sola prescripción o disposición normativa, podemos recurrir a las *normas jurídicas complementarias*. Abelardo Torr  las identifica así, y parte de lo que    llama las *normas jurídicas incompletas o completas*,²¹⁷ según les falte o no la sanción; en cuyo caso, pueden complementarse buscando en otra norma la parte faltante.

Para Kelsen, la norma jurídica es *"un juicio o proposición hipotética, que expresa un enlace imputativo de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada."*²¹⁸ Según Kelsen, una norma que no establece la consecuencia atribuible; esto es, la norma que no sanciona, no es propiamente una norma jurídica, puesto que esa es la esencia de ellas, **la sanción**. Kelsen nos señala que *"cuando el legislador prohíbe el robo, por ejemplo, puede definir primeramente el concepto de robo, valiéndose de varias frases que forman un artículo de un código, y señalar después la sanción en otra frase, que puede formar parte de otro artículo del mismo texto, o incluso de un texto legal distinto."*²¹⁹ Por lo anterior, existe la posibilidad de complementar esas normas, se vale para ello de una norma doble, una de ellas será primaria y otra la secundaria; **la norma primaria es la que sanciona**, la que establece la consecuencia atribuible; **la secundaria la que conceptúa la conducta ilícita o comportamiento prohibido**. *"Esquematizando la norma de Kelsen puede expresarse de la siguiente manera: a) "norma secundaria": en determinadas condiciones una persona debe como portarse de la manera descrita (deber jurídico); b) "norma primaria": si no se comporta así, se le imputará una sanción previamente establecida."*²²⁰

²¹⁵ "Los juicios normativos pueden postular deberes o derechos. Los que postulan deberes se dividen, siguiendo a Kant, en categóricos o hipotéticos." CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 99

²¹⁶ "los juicios pueden ser categóricos, hipotéticos o disyuntivos... sin condición alguna (categóricos), sometida a una condición (hipotéticos) y, finalmente, estableciendo una disyunción (disyuntivos)." TORR , Abelardo, op. cit., p. 173. En el mismo sentido se expresa Máximo Pacheco: "Según la relación establecida entre sus términos, los juicios se dividen en categóricos, hipotéticos y disyuntivos". PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 83 y ss.

²¹⁷ "Sin perjuicio de que pueda haber normas jurídicas incompletas, ... cuya parte faltante debe buscarse en otra norma del respectivo derecho, cabe aclarar que con respecto a la estructura lógica de la norma jurídica completa, se han sostenido las tres posiciones, y aún más (soluciones eclécticas):" TORR , Abelardo, op. cit., p. 173

²¹⁸ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, op. cit., p. 39

²¹⁹ KELSEN, Hans *Teoría General del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 53

²²⁰ Cfr. ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, op. cit., p. 39

Sin ahondar, por el momento, en la validez formal de la norma jurídica, y aunque no estamos de acuerdo en concebir que el derecho se reduce sólo a las normas jurídicas, ya que *los principios y valores* son considerados metanormas, y también conforman el sistema jurídico de un Estado determinado; empero, lo que no tenemos encono en admitir, pues es evidente que a partir de Hans Kelsen, se ha logrado un bosquejo completo de la norma jurídica. Así lo considera también Ariel Álvarez Gardiol y nos señala que es a partir de Kelsen cuando tenemos una estructura integral de la norma jurídica.²²¹

A diferencia de la concepción kelseniana que no la considera esencial, *la validez intrínseca* es también un elemento que debe contener la norma jurídica. Miguel Villoro Toranzo estima que los elementos de la norma jurídica son cuatro. Se refiere desde nuestra perspectiva a las normas jurídicas generales, ya que para éste autor, toda norma jurídica es general. Y nos señala: “Si analizamos cualquier norma jurídica, tendremos que descubrir: a) datos jurídicos que constituyen el **problema histórico concreto**; b) una **valoración de justicia** pronunciada ante dichos datos; c) la **construcción de una solución** conforme a esa valoración; y d) las **palabras y locuciones**, más o menos técnicas, que **formulan dicha construcción**.”²²² Ese tercer elemento señalado, “**la valoración de justicia**” constituye esa validez intrínseca, y que incluso puede apelar a principios y valores carácter moral.

Sobre la estructura de la norma, la proposición jurídica completa –señala Delgado Echeverría– “*reviste la forma de un juicio hipotético. De una parte, describe expresa o implícitamente un hecho o situación a cuya presencia o realidad se condiciona la puesta en actividad de la norma.*”²²³

Abelardo Torré estima que la estructura lógica de la norma es la de los juicios del deber ser “; en efecto, -señala éste autor-; “*dicha norma, dado el supuesto jurídico, es decir, un hecho antecedente, señala otro hecho (párrs. 2,8, etc.), no como algo que ocurrirá necesariamente, sino como algo que debe ser.*”²²⁴ Así, toda auténtica norma jurídica necesariamente consta de dos partes complementarias: el **supuesto de hecho** y **consecuencia jurídica**. El supuesto de hecho perteneciente al mundo de lo fáctico, al mundo del ser; y constituye el supuesto jurídico de cuya realización, hace depender el que se actualicen las consecuencias jurídicas señaladas. Lo anterior se resume así: “**Si es A**”, como supuesto general y abstracto. La consecuencia jurídica pertenece al mundo del **deber ser**; al mundo jurídico normativo; para que acontezca la consecuencia jurídica debe haberse realizado el supuesto de hecho de cuya

²²¹ *Idem.*

²²² VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 313

²²³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, et. al. *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, Vol. Introducción, Dykinson, Madrid, 2002, p. 110

²²⁴ TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 171

realización depende el que se actualicen las consecuencias jurídicas; es decir, sin la realización del mismo, no pueden generarse esas consecuencias. La fórmula completa que liga el supuesto con la consecuencia se expresa así: “*Si es A*”, “*debe ser B*”.

Del análisis más simple de la estructura de la norma, **hipótesis – (principio de imputación-nexo o deber ser-) – consecuencia jurídica**, conforme a Hoffman Elizalde tenemos que “*Estructuralmente la norma se integra primordialmente por una hipótesis y una consecuencia jurídica vinculadas lógicamente por el principio de imputación.*”²²⁵ “*El vínculo entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica se verifica a través de una relación jurídica, esto es, el “deber ser” que es la expresión del principio de imputación jurídica.*”²²⁶ El principio de imputación para Kelsen descansa en la atribución, es decir, en el “deber ser”, ya que la conducta jurídicamente regulada constituye el supuesto jurídico y de la realización del mismo deriva el *deber ser*, esto es, la *consecuencia jurídica atribuible* (atribución o imputación), que debe ser.²²⁷ De lo expresado por Hoffman se derivan tres elementos: *la hipótesis, la consecuencia y el vínculo lógico*; así, referente al análisis de la estructura lógico-formal de la norma jurídica, podemos entonces considerar tres elementos: 1.- el supuesto de hecho o hipótesis normativa; 2.- la consecuencia o disposición jurídica;²²⁸ y, 3.- el nexo²²⁹ o cópula (deber ser) que une a los dos elementos previos.

En otro orden de ideas, pero aún dentro de la temática abordada, Emmanuel Kant estima primero, que las normas jurídicas son imperativos y que todo imperativo ordena hipotética o categóricamente, hipotético si representan la necesidad de una acción que no es acción en si misma, sino medio para lograr otra cosa; categórico si representa la necesidad de una acción en si misma.²³⁰ Carlos Santiago Nino expresa que de acuerdo al criterio de “la condición de aplicación”, las normas jurídicas pueden ser categóricas o hipotéticas.²³¹

²²⁵ HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *Introducción al Estudio del Derecho*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 53

²²⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 97

²²⁷ Sobre la imputación Vid, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 90

²²⁸ Prosiguiendo el análisis de la norma jurídica desde el punto de vista formal, para conocer sus elementos estructurales y las relaciones entre éstos, la definiremos en el plano lógico como juicio hipotético, que podemos representar bajo el siguiente esquema:

Si es A debe ser B.

Dado A debe ser B.

La primera parte puede denominarse *hipótesis o supuesto de hecho*; y a la segunda como *disposición o consecuencia jurídica*. SUÁREZ, Eloy Emiliano, op. cit., p. 70

²²⁹ Luego tenemos al *Nexo*; es la cópula que vincula la hipótesis con la consecuencia y se expresa con el verbo deber ser. Dada la transgresión normativa debe ser la sanción al responsable. *Ibidem*, p. 71

²³⁰ KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 35

²³¹ “*La condición de aplicación*. Es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de la norma. Respecto de la condición de aplicación las normas se clasifican en *categóricas* e *hipotéticas*.” NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 76

Sobre los imperativos, de manera simple tenemos que los categóricos ordenan sin condición; los hipotéticos, condicionalmente.²³² Un imperativo será categórico, cuando es terminante pues no se supedita a la realización de algún acontecimiento; será hipotético en cambio, si se supedita a la realización de un acontecimiento. Como ejemplos de imperativos categóricos tenemos: “Haz esto”, “No hagas aquello”, “No mates”, “no mientas”, “haz el bien”, “no hagas el mal”, que a su vez pueden ser heterónomos o autónomos, impuestos desde afuera o impuestos por uno mismo; de imperativos hipotéticos: verbigracia “si quieres que el puente resista, haz de construirlo de tal forma”. Entonces, de acuerdo al pensamiento de Kant, se estima que del campo de la moral derivan los **imperativos categóricos autónomos**; del campo del Derecho surgen los **imperativos categóricos heterónomos y los imperativos hipotéticos**.²³³ De manera muy clara Quintás Alonso en alusión a los imperativos kantianos, nos explica en relación a los imperativos, imperativos categóricos, condicionados o hipotéticos, técnicos o pragmáticos; Emmanuel Kant, en el ámbito práctico “distingue los **imperativos categóricos** (los únicos no limitados por ninguna condición, los únicos imperativos prácticos puros) y los **imperativos condicionados o hipotéticos**, que a su vez, pueden ser **imperativos técnicos**, (“pertenecientes a un arte” y que competen a la habilidad) o bien pueden ser **imperativos pragmáticos**, que se refieren al bienestar.”²³⁴ Ese bienestar equivale a la vida, a la felicidad sensible,²³⁵ o consejos de sagacidad.²³⁶

Álvarez Gardiol hace una comparativa entre Kelsen y Cossio sobre los juicios normativos; estima que para Kelsen, el Juicio jurídico, es de *estructura hipotética*; mientras que para Carlos Cossio la estructura lógica, es de tipo *disyuntiva*, “disyunción que, en el caso, está dada en la *proposición copulativa*, con la cual separa la perinorma de la endonorma.”²³⁷ Si la norma primaria es la que sanciona, la *perinorma* de Cossio corresponde a esta norma primaria de Kelsen; y si la norma secundaria es la que establece la conducta ilícita o prohibida; entonces, la *endonorma* de Cossio corresponde a la norma secundaria de Kelsen.²³⁸

Para García Máñez toda norma jurídica es categórica e hipotética, según el momento que se considere y expresa que “aun cuando parezca paradójico, *antes de la realización de los supuestos, toda norma es hipotética, y cuando aquéllos se producen, deviene categórica.*”²³⁹ Así, el supuesto jurídico no realizado queda como norma hipotética (de manera abstracta, *el que cause daños a otro [mandamiento*

²³² CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 99

²³³ Vid. GARCÍA CUADRADO, Antonio, M., *Derecho Estado y Constitución*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2010, p. 82

²³⁴ QUINTÁS ALONSO, Guillermo, *Términos y usos del Lenguaje Filosófico*, Publicaciones de la Universitat D Valencia. Editorial Marfil, Valencia, 2002, p. 285

²³⁵ GARCÍA CUADRADO, Antonio, M., *Derecho Estado y Constitución*, op. cit., p. 82

²³⁶ TOPETE LARA, Hilario, “Personas, normas y cargos. Apuntes para una reflexión”, *Cargos, Fiestas, comunidades*, pp. 141-156, Autónoma del Estado de México, Toluca, 2002, p. 143

²³⁷ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, op. cit., p. 41

²³⁸ *Ibidem*, p. 174

²³⁹ GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 14

condicional] está obligado a repararlos); el supuesto jurídico ya realizado queda como una norma categórica (*Juan que ha causado daños a Pedro, está obligado a repararlos*) esto último es un *mandamiento incondicional*.

6.5.5.1 La norma jurídica como juicio categórico

Para Manuel García Morente el juicio categórico “es aquel que afirma sin condición ninguna el predicado del sujeto; como por ejemplo: el aire es pesado.”²⁴⁰ Desde el plano lógico –precisa Abelardo Torrre–, la norma jurídica encierra un juicio categórico, si manda u ordena, ya en forma positiva (*Vgr. debes pagar tal impuesto*) o negativamente (*Vgr. no debes robar*);²⁴¹ por ello, estamos ante éste, cuando la norma jurídica establece un enunciado o juicio de manera simple y terminante, esto es, sin supeditar a la realización de algún acontecimiento la consecuencia jurídica atribuible; son meros órdenes mandatos dictados por el Estado de manera concluyente, sin supeditarlos a condición alguna, de allí lo de “categórico”. Máximo Pacheco considera que los *juicios categóricos* simplemente relacionan dos ideas: sujeto y predicado. “*Son juicios de estructura simple. Su fórmula es: S es P. (por ejemplo, Raúl es bueno); [...] La doctrina jurídica tradicional, si bien no se planteó derechamente el problema de la estructura lógica de las normas, las consideró como órdenes impartidas por el Estado en forma de juicios categóricos. Así, "el hombre no debe matar", "no debe causar daño a otro", "debe pagar los impuestos", "debe cumplir los pactos" y otros tantos juicios categóricos son proposiciones que utiliza el Derecho para regular las conductas del hombre en sociedad. Su fórmula, de acuerdo con la tesis tradicional, es: "S debe ser P".*”²⁴² Complementando lo anterior, tenemos que los imperativos categóricos pueden ser **categóricos positivos o categóricos negativos**, y aparecen entonces como mandatos o prohibiciones. “*La fórmula de los primeros es: A debe ser; la de los segundos: A no debe ser. Ejemplos de los que establecen mandatos: debes honrar a tus padres. Ejemplo de los que imponen prohibiciones: no debes ser hipócrita.*”²⁴³

Pareciera ser que los imperativos categóricos son del campo exclusivo de la moral; al respecto tenemos en el plano ético como imperativos que según Kant, nacen de la razón de manera a priori, y se imponen a uno mismo como deberes categóricos: “*La razón aparece como la sabía y única legisladora y la historia se deja ver ya no como un designio de los dioses sino con hechura de los hombres.*”²⁴⁴ Sin embargo, bajo la concepción kantiana de **los imperativos categóricos, también tienen cabida en el derecho**, el propio Emmanuel Kant en su “*Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*” admite que las normas jurídicas podrían ser expresadas a través de imperativos categóricos, al estimar que **las normas imperativas ordenan categórica o**

²⁴⁰ GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 223

²⁴¹ TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 173

²⁴² PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 83 y 84

²⁴³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 99

²⁴⁴ PIÑÓN GAYTÁN, Francisco, “El problema ético en la Filosofía de Kant”, *Revista Política y Cultura*, Num. 38, Abril 2013, pp. 99-112, México, 2013, p. 99.

hipotéticamente.²⁴⁵ En el primer caso son **imperativos categóricos heterónomos**; en el segundo hipotéticos pues dependen de un acontecimiento condicionado; pero ambos casos derivan del legislador o creador de la norma; estos últimos se estudian en el siguiente apartado. Robusteciendo ésta idea, ya en el plano normativo jurídico, Carlos Santiago Nino nos explica que *“son categóricas aquellas normas que sólo suponen las condiciones para que haya oportunidad de realizar su contenido; en ese caso las condiciones surgen del mismo contenido. Por ejemplo, “cierre la puerta” es categórica porque sus condiciones de aplicación –que haya una puerta, que esté abierta, etc.– se infieren del contenido de la norma.”*²⁴⁶ A diferencia de Máñez, quien estima que toda norma jurídica es hipotética, ya que de la realización del supuesto depende la actualización de la consecuencia, y por tanto si no se realiza, no existe, Santiago Nino estima que sólo son hipotéticas, aquellas que establecen una condición vale decir, expresadas en ellas mismas, para su aplicación, y aquellas que han de darse para la mera oportunidad de realizar su contenido.

Para Carlos Cossio, los juicios **categóricos** provocan el **aislamiento** de varias normas **sin puentes de conexión**: *“El juicio categórico, en tanto que estructura cerrada y encerrada en sí misma, coloca aisladas entre sí las múltiples normas, unas al lado de las otras, sin puentes de tránsito; de manera que la actualización sucesiva de “la voluntad del Derecho”, concordaría con las normas con las que debe concordar, no porque siga un camino lógico trazado de antemano que la lleve a ello, sino por algo así como una misteriosa armonía pre-establecida entre norma y realidad.”*²⁴⁷ A diferencia de **los juicios hipotéticos que tienen puentes de conexión** entre las llamadas **normas primarias** con las **secundarias** que más adelante analizaremos.

6.5.5.2 La norma jurídica como juicio hipotético

De manera general, el juicio hipotético conforme a García Morente se da cuando lo que se predica del sujeto está sub conditione. Vgr. *si A es B, entonces es C*. Si Pedro es guanajuatense, entonces es mexicano.²⁴⁸ Para Máximo Pacheco, por juicios hipotéticos entendemos *“aquellos que relacionan dos juicios entre sí, de tal modo que la verdad del primero trae como consecuencia la verdad del segundo. Los dos juicios por separado no tienen sentido sino que adquieren valor cuando se relacionan. Su fórmula es: Si S es P, entonces Q es R (por ejemplo, si Pedro compra acciones de esta sociedad anónima entonces será socio de ella);...”*²⁴⁹ Ya que es condición para ser socio, el que adquiera acciones de la sociedad. Carlos Santiago Nino considera que para que una norma sea hipotética, debe contener condiciones, no para que se ejecute una acción, [Verbigracia, *“si llueve, cierre la puerta”*] sino como condición para que se actualice una consecuencia

²⁴⁵ KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 35

²⁴⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 76

²⁴⁷ COSSIO, Carlos, *La “causa” y la comprensión en el Derecho*, Juárez Editor, S.A., Buenos Aires, 1969, p. 20

²⁴⁸ Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas*, Vol. 1, op. cit., p. 223

²⁴⁹ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 83 y ss

jurídica [si causas daño, deberás repararlo], por lo tanto al causar daño, se **ordena** la conducta jurídica de repararlo; y así, la ejecución pueda ser apreciada como *vedada, autorizada u ordenada*.²⁵⁰

Aunque Kant admitía también, que las normas jurídicas podrían ser expresadas a través de imperativos hipotéticos.²⁵¹ Sin embargo, la concepción de la norma como juicio hipotético, constituye parte de la esencia del pensamiento kelseniano sobre las normas jurídicas; su fórmula: *“Si es A, entonces debe ser B”*. El que la norma jurídica sea tenida como juicio hipotético es básicamente la concepción de Kelsen, quien fundamenta su postura arguyendo que, *si toda “norma jurídica” encierra una sanción, ésta se encuentra condicionada por una hipótesis de cuya realización depende la aplicación de la sanción*. El tipo penal del homicidio es definido y su sanción es establecida en la norma, la sanción depende condicionalmente de la realización de la conducta que sea tipificada como homicidio. La norma jurídica total o completa es doble, diríamos una norma genuina, es la que establece la conducta (norma secundaria) y la que establece la sanción (norma primaria).²⁵² La norma completa contiene la descripción de la conducta ilícita o prohibida y su respectiva sanción; será incompleta si sólo define el ilícito, y otra prescripción normativa es la que establece la sanción; para Kelsen la norma primaria es la que sanciona; la secundaria la que conceptúa la conducta ilícita.

Sobre la teoría kelseniana de la estructura de la norma Jaime Cárdenas considera que se conforma por tres elementos: supuesto jurídico, relación jurídica y consecuencia jurídica o sanción.²⁵³ En éste orden de cosas, partimos primero de una hipótesis normativa: *“Si se causan daños”*, luego viene la realización en el mundo fáctico-real por la realización de esa hipótesis; sería *“Juan causó daños”*; la consecuencia jurídica sería *“debe ser B”*; *“Juan debe reparar esos daños.”*

Para Kelsen, las normas jurídicas como objeto de la ciencia jurídica, lo son para éste jurista, quien mantiene a las normas jurídicas en el centro de su teoría, ellas son el objeto esencial de la ciencia jurídica, la conducta humana interesa únicamente en la medida que esté determinada en dichas normas, por ser contenido de éstas.²⁵⁴ Así, las conductas por sí mismas no tienen relevancia para el derecho, esto es, los actos o conductas humanas sólo importan al derecho cuando son determinadas por las normas jurídicas.

Ahora bien, el Derecho desde el punto de vista estático es para Kelsen un sistema de normas válidas, y refiere que la teoría estática entiende al derecho como

²⁵⁰ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 76

²⁵¹ Cfr. KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 35

²⁵² Cfr. TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 173

²⁵³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 97

²⁵⁴ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 83

objeto “como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio;[...]”²⁵⁵ Desde el punto de vista dinámico, que es el derecho en movimiento, esto es, la manera de **creación y aplicación** del Derecho, se centra en la conducta humana a la que se refieren las normas jurídicas; así lo refiere en su Teoría Pura del Derecho.²⁵⁶ En base a lo anterior, la ciencia jurídica puede otorgar una doble concepción del derecho, en función de las “Teorías estática y dinámica del derecho: Las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas.”²⁵⁷ No obstante, las dos teorías reconocen que el objeto de la ciencia jurídica son las normas creadas por los órganos de un orden jurídico, que a la vez son conformantes del mismo orden.²⁵⁸

Kelsen considera que dentro de la jurisprudencia –en su acepción de ciencia del derecho–, los conceptos de norma jurídica y sanción son algunos de los conceptos centrales a la misma.²⁵⁹ El referido juicio hipotético, en su *Teoría General del Derecho y del Estado* lo deriva del siguiente razonamiento: si la coacción es elemento esencial del derecho, las normas que lo conforman tienen que establecer sanciones.²⁶⁰ “Si es A, entonces debe ser B”. Apoyando la idea del juicio hipotético kelseniano, Jaime Cárdenas escribe: “En Kelsen una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción de manera que la estructura de la norma es: si es A (ilícito) entonces debe ser B (sanción). Kelsen diferenció las normas primarias o genuinas que poseen la estructura anterior, y las derivadas o secundarias que son simple consecuencia lógica de las anteriores.”²⁶¹ Advertimos que vuelve a cobrar importancia el principio de imputación que afirma que, “cuando se da A, B debe ser.” Y se distingue del principio de causalidad que deriva del mundo del ser mientras que el de imputación se aplica en el mundo del deber ser.²⁶² Así pues, tenemos dos estadios: *el de imputación o deber ser lógico, y del ser o causalidad*. Sobre éste particular Antonio Luiz Machado explica: “el objeto jurídico mediante una aproximación especial que denomina imputación (Zurechnung), entendiendo como tal el peculiar enlace lógico realizado por la cópula deber ser entre una condición jurídica y su consecuencia, *a diferencia de la causalidad*, que se enuncia mediante la fórmula de la cópula ser como: “**dado A será B**.”²⁶³ Cuando Kelsen explica el alcance de las normas secundarias vuelve a hacer patente el principio de imputación: “[...] la norma jurídica se encuentra dividida en dos normas separadas,” son dos expresiones del deber: la primera prescribiendo la conducta debida y la segunda sancionando la infracción por la violación a la primera.²⁶⁴

²⁵⁵ *Idem*.

²⁵⁶ *Ibidem*. págs. 83 y 84

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 83

²⁵⁸ Cfr. PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 84 y 85

²⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 58

²⁶⁰ *Ibidem*. p. 52

²⁶¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 109

²⁶² KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 104

²⁶³ MACHADO NETO, Antonio Luiz, *Fundamentación Ecológica de la Teoría General del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974, p.30

²⁶⁴ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del derecho y del Estado*, op. cit., p. 71

6.5.5.3 La norma jurídica como juicio disyuntivo

En la filosofía general un juicio es disyuntivo cuando se afirman alternativamente uno o más predicados a un mismo ente; Vgr. *A es B, o C, o D.*²⁶⁵ En el campo normativo, los juicios disyuntivos “son aquellos que relacionan dos o más juicios en una oposición lógica de tal manera que si uno de ellos es verdadero, no pueden serlo los otros [...] (por ejemplo, *Homero escribió la Odisea u Homero no escribió la Odisea*).”²⁶⁶ En apoyo a esta concepción tenemos que “Cuando estudiamos la norma como juicio disyuntivo establecimos que las posibilidades que todo ser humano tiene se reducen jurídicamente tan sólo a dos alternativas: **realizar lo lícito o cometer un ilícito.**”²⁶⁷ Para ésta concepción, el acento no está en la norma, como lo entendía Kelsen, sino en la conducta; el derecho no es la prescripción o regulación de la conducta, sino que por lo contrario, es la conducta jurídicamente regulada, entonces, una misma conducta regulada por el derecho, o está prohibida o está permitida, de lo anterior tenemos entonces que “*el fumar en un hospital está prohibido*”, o “*el fumar en un hospital no está prohibido*”, luego, (está permitido), o “*fumar marihuana es lícito*”, o “*fumar marihuana no es lícito*”, entonces es ilícito.

Para Carlos Cossio, máximo exponente de ésta postura, primeramente “*el Derecho no es prescripción de conducta sino "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva". No ya la conducta reducida a un puro ser, que puede ser patrimonio de otras ciencias, sino "la conducta como conducta, es decir, la conducta en su libertad.*”²⁶⁸ También para éste autor, la norma jurídica tiene una estructura disyuntiva y su postura se basa en la crítica al planteamiento de Kelsen; a Cossio le parece incompleto el planteamiento de Kelsen,²⁶⁹ para quien la única norma que tiene valor como tal es la que establece la sanción; pues para Kelsen, la norma secundaria considerada de manera aislada, no sería propiamente una norma pues carece de su cualidad esencial (la sanción). No obstante lo anterior, para Cossio, ***no puede haber “deber ser” o “deber jurídico” sin la norma secundaria de Kelsen, que precisamente es la que describe la conducta regulada, la que establece la prohibición o define la ilicitud; pues es precisamente de ellas de las que derivan tanto el deber jurídico como su correlativo derecho subjetivo; por ello, la disyuntividad cossiana pretende ser omnicomprendiva.*** En otras palabras, ***no existiría ningún deber sin una norma secundaria que lo señale, lo mismo que no existiría una sanción sin una norma primaria que la establezca.*** Cossio nos explica: “Kelsen esquematiza la norma jurídica como un juicio hipotético, a partir del entuerto, según este simbolismo: Dado E (entuerto), debe ser S (sanción); en tanto que la teoría egológica la esquematiza como un juicio disyuntivo

²⁶⁵ Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas*, Vol. 1, op. cit., p. 223

²⁶⁶ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 83 y ss.

²⁶⁷ GINÉS GARCÍA, Ricardo, “El abuso del derecho”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, Núm. 54, noviembre de 2009, Buenos Aires, 2009, p. 1.

²⁶⁸ COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, op. cit., p. 51

²⁶⁹ TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 174

*considerando toda la totalidad sucesiva que pueda integrarse con aquel entuerto, de acuerdo a un simbolismo bipartito (endonorma antes de la disyunción y perinorma después de ella), que se expresaría así en sus rasgos mínimos: Dado H (momento inicial de una totalidad sucesiva), debe ser P (prestación) o dado no-P (entuerto), debe ser S (sanción)."*²⁷⁰ El entuerto representa al agravio o daño que se produce por el incumplimiento de la prestación.

Para Carlos Cossio, en el derecho la *configuración lógica de las normas* es la de un juicio disyuntivo que se esquematiza así: "*dado A, debe ser P, o dado no-P, debe ser S*". "A" es el hecho o acontecimiento con su determinación temporal; "P" es la prestación debida; y "S", es la sanción por el funcionario competente; "*dado no-P,*" (equivale al agravio o insatisfacción de la prestación).²⁷¹ El cimiento de lo disyuntivo reside en que necesariamente todas las conductas jurídicas tienen que ser *lícitas o ilícitas*; "y sólo con dicha estructura disyuntiva es como quedan conceptuadas ambas posibilidades."²⁷² Es decir, la conducta jurídicamente regulada no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida; si esto fuera así, habría contradicción; o dicho de otra forma, una conducta jurídicamente regulada, o está prohibida, o permitida. Por lo anterior, para Cossio *no se puede violar una norma jurídica.*"²⁷³

Por su parte, Máximo Pacheco también concibe esquemáticamente al juicio disyuntivo como: *dado A, debe ser P, o dado no P, debe ser S*; y de manera ampliada lo explica del siguiente modo:

Juicio hipotético (del deber): Dado (H), debe ser (P) por (A o), frente a (A p); o
Juicio hipotético (de sanción): Dada la (no P), debe ser (S) a cargo de (F o) por la (C p).

Disyuntividad de la estructura lógica de la norma jurídica: Simbología	
(H) el hecho con su determinación temporal	(P) la prestación
(A o) alguien obligado	(A p) alguien pretensor;
(no p) la no prestación	(S) la sanción
(F o) funcionario obligado	(C p) comunidad pretensora

Tenemos lo anterior cuando nos explica que "la estructura lógica de la norma jurídica es un juicio que en forma disyuntiva une dos juicios hipotéticos, uno de los cuales constituye el deber y el otro la sanción, [...] Por ejemplo, la configuración del homicidio, como delito, significaría en términos normativos lo siguiente: dada una cierta situación de convivencia y libertad debe ser no matar o dado el homicidio debe

²⁷⁰ COSSIO, Carlos, *La "causa" y la comprensión en el Derecho*, op. cit., p. 147 y 148

²⁷¹ Cfr. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, op. cit., p. 338

²⁷² TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 175

²⁷³ Cfr. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, op. cit., p. 374.

ser la condena del reo. Esquemáticamente: *dado A, debe ser P (prestación), o dado no P, debe ser S (sanción).*²⁷⁴

En suma, el juicio disyuntivo constituye una sola estructura unitaria y se compone de dos juicios hipotéticos enlazados por la conjunción disyuntiva "o".²⁷⁵ Sus partes no deben apreciarse en forma aislada o individual, sino más bien a manera de estructura inseparable que en su vinculación forman el uno y el otro.²⁷⁶

6.5.5.4 La endonorma y perinorma cossiana y la norma primaria y secundaria de Kelsen.

La estructura del juicio hipotético kelseniano es "*Si A es, debe ser B*", de la realización del supuesto deriva la consecuencia, la sanción. "*Si A es*", norma secundaria, "*Debe ser B*", norma primaria. En cambio, la estructura del juicio disyuntivo cossiano es: primer juicio, antes de la disyunción; la endonorma "*Dado H (momento inicial), debe ser P (Prestación)*"; o, segundo juicio, después de la disyunción; "*Dado no-P, debe ser S*", (perinorma). Para Kelsen la norma jurídica completa es aquella que contiene la estructura "*Si A es, debe ser B*", la hipótesis, la imputación, y la sanción. Si no es así deberá buscarse la complementación entre lo que llama norma primaria (sancionadora) que corresponde a la "*perinorma*"; y norma secundaria (la que establece la hipótesis) que corresponde a la "*endonorma*". Cossio considera que la relación entre las normas es meramente de carácter lógico-formal.²⁷⁷

En la apreciación kelseniana del juicio hipotético, no podríamos llegar a la aplicación de la sanción sin primero, la realización del supuesto, y luego, sin el cumplimiento del deber;²⁷⁸ en cambio, en la apreciación cossiana del juicio disyuntivo no aparecen de manera separada, sino como partes de un solo juicio. El propio Cossio señala que "*La idea kelseniana de que la norma jurídica es un juicio hipotético, permite encarar el problema de la consecutividad lógica de las normas en plano horizontal, porque el planteamiento de una condición como hipótesis para la validez lógica de un segundo juicio, permite utilizar a esa condición como puente de unión con un primer juicio siempre que lo contradictorio lógico de esa condición sea el contenido del primer juicio.*"²⁷⁹

²⁷⁴ PACHECO G, Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 86 y 87

²⁷⁵ TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 174

²⁷⁶ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, op. cit., p. 41

²⁷⁷ "en una relación de las normas entre sí. Relación, por lo demás, de puro carácter lógico-formal, puesto que si las normas son conceptos no cabe entre los conceptos otra clase de relación que las de la Lógica formal." COSSIO, Carlos, *La "causa" y la comprensión en el Derecho*, op. cit., p. 20

²⁷⁸ "a ciertos hechos de conducta —el pago de una multa, en el ejemplo dado— que, como es evidente, sólo deberá tener lugar en el caso de haberse realizado el supuesto normativo; y c) la *cópula*, es decir, el concepto que relaciona —ya veremos en el párrafo siguiente de qué manera— la consecuencia jurídica al supuesto normativo." TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 170

²⁷⁹ COSSIO, Carlos, *La "causa" y la comprensión en el Derecho*, op. cit., p. 21

En virtud de lo anterior tenemos que, la consecutividad lógica de la norma jurídica como juicio hipotético kelseniano, se da en el *plano horizontal*, aunque lógicamente, consecutiva; pero al ser horizontal, aparece *como parte separada*. La primer parte horizontal es: “*Si A es, debe ser B*”; y la segunda parte consecutiva horizontalmente es: “*Si B no es, debe ser C*”. Pero en la concepción Kelseniana para llegar a la segunda parte se requiere necesariamente ese *punto de unión*, que precisamente lo constituye la realización de esa condición mediante la realización del supuesto jurídico; ya que sin la realización de éste, no se podría llegar a la aplicación de la sanción.²⁸⁰ En cambio, la concepción de Cossio, pudiéramos decir que se da en el *plano vertical*, ya que a diferencia de Kelsen, las contiene en un solo juicio que es disyuntivo. El fundamento de la disyuntividad de Cossio “*radica en que toda conducta jurídica tiene que ser forzosamente lícita o ilícita, y sólo con dicha estructura disyuntiva es como quedan conceptuadas ambas posibilidades.*”²⁸¹ Por ello, el mismo Cossio expresa que “*no se puede violar una norma jurídica.*”²⁸² La estructura lógica de la norma de Cossio (estructura disyuntiva); Endonorma y perinorma, es válida para cualquier clase de norma jurídica incluyendo a la penal.²⁸³

Al igual que la *norma primaria y secundaria* de Kelsen, Cossio construye una doble norma a la que ha denominado “perinorma” y “endonorma”. Álvarez Gardiol subraya que le llama *perinorma* porque da la impresión de estar alrededor de la norma “envolviéndola” y se identifica con *la coacción*; la otra es la *endonorma*, porque es lo que está dentro de la norma, *la conducta debida*, enfatizando que para efectos de la disyuntividad cossiana, ambas constituyen una sola norma, sólo que en su cara interna y en su cara periférica.²⁸⁴

En efecto, la endonorma y la perinorma cossiana no son dos normas diferentes y autónomas, sino que forman parte de un solo juicio disyuntivo. El juicio disyuntivo consta de dos partes; “*a la primera parte del juicio (conceptuación de la conducta lícita), Cossio la denomina endonorma y, a la segunda parte (conceptuación de la conducta ilícita y por lo tanto de la sanción), la perinorma.*”²⁸⁵ “La norma jurídica está compuesta por una “endonorma” (dado H, debe ser P) y una “perinorma” (dado no-P, debe ser S). Endonorma y perinorma no son dos normas diferentes y autónomas, sino que ambas son integrantes de la estructura única de toda norma jurídica completa.”²⁸⁶

²⁸⁰ La concepción de la norma jurídica como un juicio hipotético es insuficiente. “un *supuesto o hipótesis o condición*, es decir, un concepto que hace referencia a un hecho determinado (en nuestro caso, al exceso de velocidad). Como es obvio, el elemento del juicio es el concepto denominado *supuesto* y no el exceso de velocidad, que es un *hecho físico*; b) una *disposición o consecuencia jurídica*, es decir, otro concepto que hace referencia.” TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 170

²⁸¹ *Ibidem.* p. 175

²⁸² COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *op. cit.*, p. 374.

²⁸³ TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 175

²⁸⁴ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *op. cit.*, p. 41

²⁸⁵ TORRÉ, Abelardo, *op. cit.*, p. 174

²⁸⁶ VILANOVA, José, *Elementos de Filosofía del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 155.

6.5.6. La Validez de las normas jurídicas.

El criterio de validez es un tema eminentemente jurídico; así como la pretensión de verdad es a los enunciados fácticos, la pretensión de validez es a los juicios normativos. A diferencia de la verdad que se deriva del mundo del ser; la validez se da en el mundo del deber ser. Un juicio fáctico puede ser verdadero o falso, mientras que un juicio normativo podrá ser válido o inválido (nulo). Eduardo García Máynez así lo considera cuando expone: “Así como los juicios enunciativos encierran la pretensión de ser verdaderos, las normas jurídicas y, en general, las de conducta, en todo caso pretenden ser válidas; la pretensión de verdad es a los enunciados lo que la de validez a los juicios normativos.”²⁸⁷

¿Qué significa la *validez* aplicada a las normas y, más concretamente, a las prescripciones? Henrik Von Writht considera que hay *dos sentidos existencia y legalidad*.²⁸⁸ El segundo sentido de validez, es el auténtico²⁸⁹ ya que supone la creación por órgano competente derivado de otra norma preexistente.

El primer sentido de la validez normativa tiene el significado de *existencia*. Para la existencia de una *norma-prescripción*, conforme a José López Hernández es preciso que haya tres condiciones: *acción, vinculación y capacidad*; 1. una acción normativa que le corresponde al creador de la norma; 2. que la norma vincule a un sujeto pasivo; y 3. que éste pasivo tenga capacidad para ejecutar lo que la norma prescribe.²⁹⁰ El segundo sentido de validez normativo tiene el significado de *legalidad*. La legalidad se identifica con *la validez formal de las normas*, esto implica la norma haya sido creada por el órgano competente, por que una norma previa lo faculta para crearla.²⁹¹ Es decir, la norma existe válidamente en virtud de haber sido emitida también conforme a una norma válida diversa “de la que obtiene su reconocimiento y pertenencia”.²⁹²

Una norma jurídica es válida cuando existe de conformidad con el Derecho, cuando es parte integrante del ordenamiento jurídico de un Estado determinado. La validez originaria parte de la norma fundamental de un Estado “La constitución de un Estado otorga validez y pertenencia originarias a todo el ordenamiento jurídico en su

²⁸⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y Validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico”, *Symposium sobre derecho natural y axiología*, UNAM, México, 1963, pp. 83-97, p. 84

²⁸⁸ WRIGHT, Georg Henrik, VON, *op. cit.*, p. 200 y ss.

²⁸⁹ “en este segundo sentido de validez, que es el auténtico”. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, *op. cit.*, p. 108

²⁹⁰ *Cfr. Idem.*

²⁹¹ *Cfr. Idem.*

²⁹² “La norma jurídica es válida en cuanto a que existe “válidamente”, es decir, en la medida en que ha sido emitida conforme a lo establecido en una diferente norma igualmente válida, de la que obtiene su reconocimiento y su pertenencia a un sistema jurídico determinado.” DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, p. 125

conjunto.”²⁹³ Sin embargo, partiendo de la constitución, y luego por su estructura jerárquica, la validez de una norma deriva de otra. De Silva Gutiérrez expresa que “Cada norma obtiene su validez, de otra norma perteneciente al mismo orden; y el sistema jurídico en su conjunto obtiene su validez de una norma origen, la primera y principal: la constitución.”²⁹⁴ Uno de los aspectos a colmar, es que tienen que ser elaboradas por autoridades competentes; Squella Narducci explica que “las llamadas normas jurídicas, las cuales son producidas por actos de legisladores históricos, esto es, por autoridades normativas institucionalizadas y, por tanto, identificables, a las que se reconoce competencia para producir este tipo de normas y, asimismo, para modificarlas o dejarlas sin efecto.”²⁹⁵ Esta expresión se relaciona con la denominada validez formal de la norma jurídica.

Una prescripción normativa pertenece a un ordenamiento jurídico si es creada por los órganos estatales dotados de capacidad jurídica para producirla, lo que se denomina competencia, y debe desarrollarse tanto formal como materialmente, esto es, (formal) a través del procedimiento establecido para su creación por las normas fundantes y (material) sin contravenir disposiciones contenidas en otras normas jerárquicamente superiores dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. En efecto, para Gustavo De Silva, son tres las condiciones que han de cumplirse para que una norma sea válida; la competencia, el procedimiento y el contenido. Para ello nos explica: “Usualmente, las indicadas condiciones se traducen en que la norma: a) haya sido emitida por un órgano competente, b) conforme al procedimiento establecido y c) conforme a lo permitido respecto a su contenido; **todas éstas, características determinadas en la propia norma que le deriva validez.**”²⁹⁶

Existen dos términos usuales para la distinción de la validez normativa; *la validez formal y la validez material*. Ferrajoli les denomina *condiciones formales de vigencia y las condiciones sustanciales de la validez*, respectivamente. En relación a la validez formal señala: “Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana.”²⁹⁷ Joseph Aguiló sobre ésta validez formal considera que “suele vincularse al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emanan.”²⁹⁸

No bastan sin embargo, las condiciones de validez formal; tenemos también a la validez material, denominada por Ferrajoli como “sustancial” o necesarias, porque

²⁹³ *Ibidem.* p. 129

²⁹⁴ *Ibidem.* p. 121 y 122

²⁹⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.*, p. 109

²⁹⁶ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 125

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1989, p. 874

²⁹⁸ AGUILÓ REGLÁ, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pp. 78 y ss;

tienen que ver con su contenido o significado siendo indispensables. Y tanto éstas como las anteriores deben derivar de normas jurídicas superiores.²⁹⁹ En éste rumbo escribe Aguiló: *“En cambio, la validez material o sustantiva se dice que depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores.”*³⁰⁰

Es importante destacar que las condiciones de validez; sobre todo las sustanciales, en términos ferrajolianos, consisten generalmente en el respeto de valores derivados de la constitución.³⁰¹ Todavía en relación a la validez de las normas jurídicas, son tres las nociones que con más frecuencia emplean los juristas. Ródenas Calatayud considera que esas nociones de validez son la *“de validez formal, de validez material o sustantiva y de competencia material... La **validez formal** se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, mientras que la **validez material** afectaría al contenido de tal resultado.”*³⁰²

Los dogmáticos y teóricos del derecho,³⁰³ reconocen que existen tres estadios³⁰⁴ que proclaman la validez de la norma; la **validez formal**, la **validez material**, y la **validez real**; consideran al derecho como hecho (dimensión fáctica), como valor (dimensión axiológica) y como norma (dimensión normativa).³⁰⁵

²⁹⁹ Para que sea, válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, op. cit., p. 874

³⁰⁰ AGUILÓ REGLÁ, Joseph, op. cit., pp. 79 y ss

³⁰¹ Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores -como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos- cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, op. cit., p. 874

³⁰² RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles, “Validez formal y validez sustantiva: El encaje de la competencia material”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* Universidad de Alicante, No. 30, 2007, pp. 543-559, Alicante, 2007, p. 544 y 545

³⁰³ Eduardo García Máynez en su teoría de los tres círculos, Luis Recasens Siches, Miguel Reale consideran les tres dimensiones: normativa, axiológica y fáctica. Mario Álvarez también así lo considera: “Dimensión fáctica, dimensión normativa y dimensión axiológica.” ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., op. cit., p. 59-67

³⁰⁴ “Han combinado los diversos sentidos de la validez, y así Reale ha elaborado su teoría tridimensional: el derecho no es puro hecho, ni pura norma, ni puro valor; el derecho es el hecho social en la forma que le da una norma jurídica de acuerdo con un determinado sistema de valores éticos. García Máynez ha concebido la teoría de los tres círculos en donde destaca siete diversos tipos de normas” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 108

³⁰⁵ “las tres concepciones principales del derecho -como valor, como norma y como hecho-” FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, “La concepción del Derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 90, pp. 1001-1036, IJ-UNAM, Septiembre-diciembre de 1997, p. 1002.

6.5.6.1. La validez formal de las normas jurídicas

Para Kelsen, por validez debemos entender la fuerza que nos obliga a obedecer al Derecho, es decir, la idea según la cual se debe obedecer la ley. Existiendo el Derecho Positivo como tal, este es válido, ya que la validez constituye un rasgo esencial de éste.³⁰⁶ La corriente normativista preconiza que *“todos los fenómenos jurídicos pueden reducirse a términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central del derecho.”*³⁰⁷

García Máynez aprecia que una de las acepciones de validez de la norma es la que *“tiene que ver con el proceso de creación; que ha sido creada en la forma establecida por las disposiciones que estructuran las fuentes formales (legislación, costumbre, jurisprudencia).”*³⁰⁸ Empero, la validez formal de las normas jurídicas comporta varios significados. Álvarez Ledesma nos explica que *“al hablar de la “validez de una norma jurídica aludimos a su existencia” y porque además cumple con los requisitos formales para serlo, sin importar el contenido, por pertenecer al ordenamiento jurídico (por el órgano competente y por el procedimiento respectivo).”*³⁰⁹ Por tanto, no es tan simple hablar de la validez formal, ya que no se agota en el proceso de creación de normas como nos explica Máynez.

Para García Holgado la validez de las normas jurídicas se justifica cuando concurren los siguientes factores: 1. Por la **existencia y pertenencia** de la norma a un **sistema jurídico** determinado; 2. Que el órgano creador de la misma, **tenga competencia** para ello; 3. Que el productor de la norma haya seguido **el procedimiento de creación** previsto por otra norma; 3. Que las personas **estén sujetas** a los mandatos y órdenes por ella prescritos.³¹⁰ Jaime Cárdenas Gracia considera que en las normas jurídicas, **validez formal** equivale a **vigencia**, y describe los requisitos que en su concepto tienen que reunirse para la validez formal. *“La validez formal de la norma jurídica equivale a vigencia. Hay vigencia cuando se dice que una norma existe. Ello ocurre cuando se cumplen los dos requisitos siguientes: 1) haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para la creación de normas, y 2) cuando la norma además de haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido es dictada o aprobada por una autoridad competente. Algunos*

³⁰⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es Justicia?*, Trad. Albert Calsamiglia, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, p. 183.

³⁰⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

³⁰⁸ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, ... op. cit., p. 84 y 85

³⁰⁹ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., op. cit., p. 16

³¹⁰ GARCÍA HOLGADO, Benjamín, “Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el Pensamiento de Hans Kelsen”, *Revista del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año V, Número Especial*, 2011, pp. 462-474, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p. 464

*agregan con muchas críticas de otros un tercer elemento para la validez formal o vigencia que alude a un requisito de coherencia.”*³¹¹

En base a lo anterior podemos concluir que la norma jurídica formalmente válida es aquella que existe y pertenece a un sistema jurídico determinado, por haber sido creada por las autoridades competentes y mediante los procedimientos que una norma preexistente válida determina. La competencia implica que el órgano esté facultado para ello, y que el acto sobre el que se pretende normar, también sea de la materia para lo cual está facultado normativamente. Los procesos de creación de cada tipo de norma jurídica también son establecidos por normas jurídicas válidas y preexistentes al acto de creación. Así, John Finnis estima que *“los habitantes de un país ocupado militarmente, con independencia de la moralidad o la inmoralidad de la ocupación, deben obedecer a la autoridad militar efectiva, o que después de todo, la conquista constituye un título bien fundado o razonable para justificar el dominio de la corona británica en sus colonias.”*³¹²

Para Kelsen, únicamente se puede entender una norma jurídica válida cuando lo es dentro de un sistema de normas válido,³¹³ y el objeto de estudio de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas;³¹⁴ no es la conducta, sino la norma que regula la conducta. Para el derecho, un acto es de derecho sólo cuando está jurídicamente regulado; cuando se autoriza el comportamiento, es decir, el acto o conducta adquiere relevancia jurídica sólo cuando la norma lo reconoce a través de una permisón o prohibición.³¹⁵

Con el término "validez", -señala Kelsen- *“designamos la existencia específica de una norma,”*³¹⁶ entonces, la validez de la norma es la existencia perfecta de ésta. En su *“Teoría General de las normas”* refiere: *“Cuando uno dice: “una norma tiene validez”, se quiere decir que existe una norma. La “validez” es la existencia específica de una norma, la cual debe distinguirse de la existencia de meros hechos naturales, y en especial de la existencia de aquellos hechos a través de los cuales ella fue generada. La norma establece un deber ser. Si decimos esto de toda norma, es evidente que el término deber ser se está aplicando en este caso en un sentido más amplio que el lenguaje común.”*³¹⁷ De ello colegimos que no son los actos o los hechos, el objeto a estudiar por el derecho, sino las normas que los contienen.

³¹¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 106 y 107

³¹² Finnis, John (1988): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 1988, p. 258, citado por CARACCILO, Ricardo, “El concepto de autoridad normativa...” op. cit., p. 88

³¹³ GARCÍA HOLGADO, Benjamín, op. cit., p. 464

³¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 83

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 17 y 19

³¹⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 23 y “El jurista expresa que una norma “existe” diciendo que es “válida”. La “existencia” de una norma es su validez. El concepto de “debe” se refiere a esta validez.” KELSEN, Hans, *¿Qué es Justicia?*, op. cit., p. 132

³¹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, op. cit., p. 20

La validez formal deriva de las condiciones intrínsecas de formación, no tanto de los aspectos regulados en la misma (contenido o materia). “A diferencia de las normas de derecho natural, en el derecho positivo la validez de la norma será generada por sus condiciones intrínsecas de formación, independientemente de su contenido.”³¹⁸ Por ello Jhering estima que la norma en sí y la coacción, al no mostrar el contenido del derecho son elementos meramente formales.³¹⁹ También Nicola Abbagnano escribe que “La validez de la norma no resulta del hecho de ser o no ser seguida o aplicada, sino solamente del deber ser que expresa.”³²⁰ La anterior es una postura eminentemente formalista al considerar que la validez de la norma, no se determina por su contenido, sino por la validez formal del deber ser que expresa y de su sanción respectiva.

En éste tenor, la constitución aparece como la regla suprema de validez; de allí se determinan y derivan las cadenas de validez normativa, Carla Huerta Ochoa subraya que de ella provienen los procedimientos, órganos y su competencia, contenidos prohibidos, permitidos y obligatorios de preceptos de menor jerarquía, “de tal forma que la Constitución se convierte en el parámetro de la validez formal y material del sistema jurídico.”³²¹ En base a la jerarquía normativa, a partir de la norma fundamental, una norma vale en virtud de haber sido emitida conforma a una norma diversa válida del mismo sistema jurídico.³²² Esto corresponde también a lo que Hart denomina “**reglas de reconocimiento**”;³²³ por tanto, este también es un criterio de validez formal ya que mediante ellas “se permite identificar la pertenencia de las normas al sistema jurídico y por ende, su reconocimiento o validez; así, una norma será válida sólo en la medida en que satisfaga los requisitos establecidos en una regla de reconocimiento.”³²⁴

Para calificar la validez formal ¿se apela al contenido intrínseco de la norma?

Cuando se aplica la validez puramente formal, no se atiende a lo valorativo, a lo racional, a lo justo, a la bondad; no son criterios que se tomen necesariamente para determinar la validez formal o normativa; “el positivista cuyo propósito es el conocimiento no necesita adoptar, por definición, tan fuerte compromiso [el valorativo]. Sus conceptos de «norma» y «autoridad» sólo suministran criterios para

³¹⁸ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 129

³¹⁹ “Los dos elementos del derecho que hemos analizado, la norma y la coacción, son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del *contenido del* derecho.” VON JHERING, Rudolf, *El fin del Derecho*, Traducción de Leonardo Rodríguez, Biblioteca de Filosofía y Sociología, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911, p. 270

³²⁰ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, *op. cit.*, p. 859

³²¹ HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del Derecho, Cuestiones relevantes*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 461, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 102

³²² “Desde la óptica del derecho positivo, la norma vale en virtud de haber sido emitida conforme a una norma diversa que la hace pertenecer al mismo sistema jurídico del que la norma de origen forma parte.” DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 117

³²³ H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 118

³²⁴ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 123

reconstruir hechos, los que no clausuran la posible e independiente discusión sobre su evaluación moral.”³²⁵ Bajo éste criterio, la fuerza obligatoria de las normas depende de su validez formal, no de su contenido. Por ello, en regímenes legalistas no democráticos, *-a diferencia de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho-*, se sostiene su validez aún que sea en contra de los derechos humanos. La validez equivale a la fuerza obligatoria de la norma; así, la fuerza obligatoria no se identifica con su bondad, racionalidad o justicia, sino que deriva de su mera existencia dentro de un determinado sistema jurídico. *“De tal suerte que si la norma es creada y reconocida por las autoridades como perteneciente al sistema jurídico es norma válida y como tal debe ser aplicada por los órganos del Estado. Esto es, la validez deriva de las autoridades y no de los ciudadanos, lo que históricamente ha favorecido que regímenes no democráticos sostengan la obediencia y validez a normas jurídicas que riñen con los derechos humanos y la voluntad de las personas y eso no puede ser admitido en el contexto de un Estado democrático de derecho.”*³²⁶ En un Estado neo-constitucionalista, en cambio, no sería factible pues en éste, se reconocen a los derechos humanos o derechos fundamentales, como indeterminados y del máximo rango.

Para Gregorio Peces Barba, una exigencia que tiene que observarse para identificar el positivismo es la separación entre Derecho y moral: *“por una revisión profunda del uso del término moral y de la afirmación de que el elemento identificador del positivismo es la necesaria separación conceptual entre Derecho y moral”*.³²⁷

Albert Calsamiglia expone que el positivismo jurídico no tiene que ver con el positivismo filosófico, deja de lado los principios de objetividad y neutralidad que todo saber científico ha de menester para ser considerado como tal.³²⁸ La expresión deriva de la locución Derecho positivo en contraposición a la de Derecho natural. Bajo éste esquema, una acción es justa cuando se cumple independiente de su cualidad o materia, sino como mero cumplimiento del deber, es justa la persona que ejecuta *el deber* desentendiéndose por entero de su naturaleza o su fin.³²⁹ Por ello, para calificar la validez normativa, Kelsen prescinde de la justicia y del sustrato social.³³⁰ En su teoría pura del derecho, preconiza la independencia del derecho *con la moral, psicología, política y otras ciencias*. La distinción entre Derecho y Moral como dos órdenes sociales diferentes.

Bobbio concibe al positivismo jurídico como *“aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el*

³²⁵ CARACCILO, Ricardo, “El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción”, pp. 67-90, *Doxa, No. 10*, Universidad de Alicante, Alicante, 1991, p. 89

³²⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 107

³²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, S.L. Madrid, 2004, p. 84

³²⁸ En Estudio Preliminar de, KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, op. cit, p. 30

³²⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007, p. 16

³³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 84

derecho positivo".³³¹ Y acepta que hay al menos un significado de "positivismo jurídico" que considera que sólo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo, se logra aproximarse a aquel ideal de rigor sin el cual no hay ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan sólo opinión.³³² En cuanto al positivismo jurídico como ideología, estima que la justicia del derecho positivo deriva meramente de ser positivo, con independencia de lo que en él se encierre o de su mayor o menor contenido de moralidad; "[...] *confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal*".³³³

La concepción imperativista del neopositivista³³⁴ Alf Ross, -como lo califica Eduardo García Máynez-, el análisis que del pensamiento de Ross hace García Máynez, la basa en la obra de Ross, intitulada "*El derecho y la justicia*", traducida al Castellano por el profesor Genaro G. Carrió, (*Sobre el derecho y la justicia*, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1963), y considera que un sistema de normas tiene vigencia *si puede fungir* como esquema de **interpretación** de un conjunto correspondiente **de acciones sociales**. Tiene que haber esa correspondencia, lo que implica que *las normas sean realmente observadas en la medida en que los destinatarios se sienten vinculados por ellas*. Las normas jurídicas "fenómenos jurídicos", no son otra cosa que *las resoluciones de los tribunales, las directrices socialmente vinculantes y aplicadas por los jueces*.³³⁵ Ross entiende a las normas jurídicas como *órdenes impartidas por seres humanos a otros seres humanos que son sus súbditos y que se aplican a la fuerza*,³³⁶ expone que un sistema jurídico nacional es *el conjunto de reglas de conducta concernientes al ejercicio de la fuerza física*.³³⁷ También la idea de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido y sobre todo por la *negación de un derecho natural anterior y superior al positivo*.³³⁸

De lo anterior derivamos que la validez formal que exponen los positivistas, tienen un elemento en común; que *responden a condiciones de orden extrínseco*, no al contenido, a la bondad, a la justicia o valor intrínseco de las normas. Así lo considera García Máynez "*a fin de cuentas resulta que la validez de los positivos obedece a condiciones de orden extrínseco, ya que, incluso cuando hay que atender al elemento material de esos*

³³¹ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 74

³³² BOBBIO, Norberto, "El problema del Positivismo Jurídico," Trad. Ernesto Garzón Valdés, *El Derecho Actual y mínima moralía*, Universidad Nacional del Sur, Edius, Bahía Blanca, 2006, p. 150

³³³ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 52. Véase también: CRUCETA, José Alberto, y SOCORRO, Juan Carlos, *Argumentación Jurídica*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007, p. 24.

³³⁴ Lo consideran como un neopositivista, LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, Colección Estudios del Derecho Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2005, p. 107

³³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara. México. 2009, p.76

³³⁶ CRUCETA, José Alberto, y SOCORRO, Juan Carlos, op. cit., p. 24

³³⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, op. cit., p. 82

³³⁸ CRUCETA, José Alberto, y SOCORRO, Juan Carlos, op. cit., p. 24 y 25

preceptos para determinar si son válidos, lo que se analiza no es su justicia objetiva, sino su compatibilidad o concordancia con otros del mismo orden."³³⁹ La validez en sentido formal o vigencia, implica que la norma vale por que el Estado, independiente de lo intrínseco valioso (contenido), le confiere fuerza obligatoria. Villoro Toranzo explica: Cuando se alude a la validez formal, *"lo que en realidad quiere indicarse es que el Estado le atribuye fuerza obligatoria, independientemente de que exija algo (intrínsecamente) valioso."* Una norma jurídica es válida en sentido formal cuando ha sido declarada obligatoria por la autoridad conforme a las formas de promulgación imperantes en el país.³⁴⁰ Para Hans Kelsen, también a partir de la racionalidad de las normas, derivada del concepto ético de validez, aunque *"no niega la existencia de valores y su peso como guías para la acción, simplemente se rehúsa a admitir la posibilidad de hacer de los valores, en tanto que meras preferencias subjetivas, objeto de un discurso racional, es decir, de un discurso científico."*³⁴¹ Si las normas contienen o no valores, eso no es operante ni un indicador que deben colmar las normas en el derecho; para el positivismo extremo, precisamente porque es opuesto al iusnaturalismo, no es condición de validez que una norma jurídica deba ser racional, aunque pueda serlo; en cambio, **Jürgen Habermas** estima lo contrario; en el principio de discurso considera que *"válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales[...]"*³⁴²; por lo que para éste autor, para la validez de las normas jurídicas, a fin de que puedan ser aprobadas por sus destinatarios exige que sus contenidos deban ser racionales.

En síntesis, para determinar la validez desde el punto de vista eminentemente formal, las condiciones de validez *sólo derivan del derecho positivo, y únicamente de él*; no existen otras, para la validez de la norma, no importa el aspecto axiológico, ni la eficacia que puedan tener las normas. Gustavo De Silva considera: *"No hay condiciones de validez que no se encuentren previstas en el derecho positivo; por lo que se rechaza la idea de que la eficacia, la legitimidad o la justicia (entre otros) sean condiciones de validez jurídica."*³⁴³ Del derecho positivo se derivan tanto las instituciones (órganos competentes) como el procedimiento que se debe observar para la creación de las mismas, y sólo esto es lo que importa desde la perspectiva meramente formal.

6.5.6.2. La validez material de las normas jurídicas

Este criterio de validez de las normas jurídicas, parte del ideal de justicia y guarda relación con la moral. Robert Alexy considera que el sustento ético de la validez de las normas jurídicas es la moral. *"La validez de una norma de derecho natural o*

³³⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, ... *op. cit.*, p. 86

³⁴⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 118

³⁴¹ PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, *Teoría del Derecho*, Iure Editores, México, 2006, p. 121

³⁴² HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 172

³⁴³ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 130

del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral".³⁴⁴

Si bien es cierto que, en cierta medida es importante la validez estructural de las normas jurídicas; empero, no basta esa validez formal, no es suficiente; también es criterio de validez, el tener en cuenta **el contenido de las mismas**;³⁴⁵ la validez axiológica o intrínseca de las normas; *"en donde la validez viene dada por los contenidos de las normas, pero no los contenidos jurídicos de las normas constitucionales, sino externos al orden jurídico relacionados con el nivel de justicia, solidaridad, libertad o igualdad que una norma o conjunto normativo promueve."*³⁴⁶ **¿Porque no refiere Cárdenas Gracia a los contenidos en la norma constitucional?** Se estima que en primer lugar, porque al ser la norma suprema en relación para con las normas que de ella derivan, sería un caso de invalidez formal³⁴⁷ derivada de la **incompetencia del órgano** secundario para **crear normas contrarias a la constitución** -en el caso que llegaran a darse-; y sobre todo desde la perspectiva material, porque en base a la concepción del iusnaturalismo, no por el simple hecho de estar contenidas tales o cuales disposiciones en un precepto constitucional, es garantía suficiente de justicia; es decir, en la propia constitución, de facto, puede haber disposiciones contrarias al espíritu de justicia, de equidad, de libertad, de igualdad; en cambio, cuando sus contenidos son racionales, justos y equitativos, es de fundamental importancia que los contenidos de las demás normas no contravengan el contenido de la constitución. Tomando en cuenta lo anterior, el contenido de la norma jurídica -estima Mario Álvarez Ledesma que- tampoco debe ser contraria a los valores, principios, intereses y objetivos fundamentales del derecho, exigencias morales y de justicia del sistema jurídico al que pertenece la norma, *"requiere -para ser válida- prescribir acciones u omisiones que no contradigan el contenido de la norma superior del sistema jurídico, y que conocemos mejor como Constitución."*³⁴⁸ En todo esto descansa la validez material de las normas jurídicas.

Este criterio de validez, se relaciona con el iusnaturalismo; el derecho natural, señala Granfield: es *"el punto de intersección entre el Derecho y la moral"*,³⁴⁹ aunque en el ius naturalismo clásico y el iusnaturalismo moderno se identifica de la siguiente

³⁴⁴ ALEXY, Robert, *El concepto de la validez del derecho*, Trad. Jorge M. Seña. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 88.

³⁴⁵ *"La otra interpretación indica que una norma es válida sólo cuando se basa, directa o indirectamente, en la ley fundamental; que no se oponga a normas de mayor jerarquía y sobretodo con la norma básica. "el hecho de que al elaborarse una ley se cumplan todos los trámites del proceso legislativo es condición necesaria, pero no suficiente, de validez."* Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, ... *op. cit.*, p. 85.

³⁴⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 108

³⁴⁷³⁴⁷ Creemos sin embargo, que la invalidez que se describe, versa sobre el contenido de la norma (que el contenido de la norma secundaria no se contraponga a la constitución) y no sobre la incompetencia constitucional; por lo tanto, la invalidez que se describe, no es formal sino material.

³⁴⁸ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 17

³⁴⁹ Granfield David, citado por GONZÁLEZ VILLALOBOS, Pablo Héctor, "Notas para la configuración de una "nueva" visión ética del Derecho", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 35, pp. 201-209, México, 2005, p. 208.

manera: el *iusnaturalismo clásico* y el de *la edad media*, había resaltado *lo imperativo de la ley natural* más que el aspecto atributivo; sin embargo la doctrina moderna de los derechos naturales lo hace a la inversa, pues resalta *el aspecto atributivo* como derechos, más que como deberes.³⁵⁰ De los valores que derivan de las normas, se constituyen facultades y capacidades para los justiciables. Rudolf Stammler considera que el “*derecho natural es un derecho cuyo contenido responde a la naturaleza. Se trata de un derecho fundado en sí mismo que se opone al mero derecho positivo.*”³⁵¹ Consideramos que efectivamente responde a la naturaleza porque son normas intrínsecamente justas, que valen por sí mismas; sin embargo, no se oponen a la validez formal incluyente, y sí al mero positivismo como lo refiere Stammler, ya que el *mero positivismo es excluyente* del derecho natural en el sentido de que, no es considerado éste último para la validez normativa. Los iusnaturalistas “*tienden a vincular el derecho más que con la norma con una idea de justicia.*”³⁵² Villoro Toranzo sitúa a la *justicia* como “*el finis operis o fin intrínseco, inmediato y esencial del Derecho.*”³⁵³ Consecuentemente, el derecho no será un instrumento adecuado si no es justo.

Para Bobbio el iusnaturalismo es “*aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo*”.³⁵⁴ En obra distinta, sobre el derecho natural señala el mismo autor: “*Podríamos definir esta corriente del pensamiento jurídico como aquella según la cual una ley para ser ley debe estar de acuerdo con la justicia. Ley en desacuerdo con la justicia no es ley.*”³⁵⁵ De lo anterior podemos claramente apreciar que los iusnaturalistas no se oponen a la validez formal de las normas, pues desde luego, ésta es necesaria, sino más bien, insisten que a la vigencia de la norma jurídica positiva, le faltaría la validez material, que para ellos es lo más importante; por ende, una norma vigente, aunque formalmente válida, pero si por su contenido, no es acorde a la justicia; no debe ser derecho. Por esta razón, aclara que “*la existencia del derecho natural como único derecho es característica de aquel estado particular de la humanidad que es el estado de naturaleza. Pero el estado natural puro en el cual los hombres viven siguiendo exclusivamente las leyes naturales, es considerado generalmente como imaginario, una hipótesis científica como en Hobbes, un ideal regulativo como en Locke.*”³⁵⁶

García Máynez, también acepta la coexistencia de la validez formal y material y que para el iusnaturalista, por encima de la validez formal está la material basada

³⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 41

³⁵¹ STAMMLER, Rudolf, *Teorías del Derecho y del Estado*, p. 11.

http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teorias_derecho/indice.html. Recuperado el 15 de diciembre de 2013.

³⁵² CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

³⁵³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 223

³⁵⁴ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 74

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto, *Teoría de la Norma Jurídica*, Trad. Fernando Pavan Baptista, Edipro, Sao Paulo, 2001, p.

55

³⁵⁶ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 75

en la justicia o validez intrínseca, y subraya que, lo que “*tienen en común las doctrinas iusnaturalistas de corte revolucionario, es la pretensión de que por encima del orden positivo existe otro natural, intrínsecamente valioso, cuyas normas deben privar sobre las del primero.*”³⁵⁷

Para ésta corriente del derecho, el criterio de validez de las normas jurídicas, descansa en *la justicia*, concebida como *el valor supremo del derecho* y por ende, de las normas jurídicas. “Gustav Radbruch, considera que en toda comunidad la justicia es reconocida como uno de los *valores máximos* al lado del bien, de la verdad y de la belleza.”³⁵⁸ Los iusfilósofos axiológicos³⁵⁹ están interesados en la validez intrínseca de las normas del derecho, caracterizada básicamente por la Justicia.³⁶⁰ En suma, el valor intrínseco que encierran las normas jurídicas es la justicia,³⁶¹ y ésta, es el criterio del que nos valem para determinar de validez material de las normas jurídicas.

6.5.6.3. La validez real o sociológica de las normas jurídicas

En el iusrealismo, tiene fundamental importancia la sociología jurídica. Figueruelo Burrieza destaca: “*La sociología como disciplina académica ... nos ofrece elementos para la reflexión y comprensión del contexto internacional, así como para proporcionar respuestas a cómo se plantean y reaccionan los distintos países ante unos mismos procesos, problemas y temas emergentes (género, medioambiente, migraciones, nuevas tecnologías ...) que adquieren gran relevancia dentro del complejo panorama actual en el que la mundialización y la heterogeneidad económica, política y cultural son los principales protagonistas.*”³⁶²

El realismo jurídico reduce la validez de las normas jurídicas al concepto de eficacia en oposición a otros aspectos como lo son el iusnaturalismo y el iuspositivismo jurídico.³⁶³ La nueva teoría pura del derecho -en términos de Erhard

³⁵⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, ... *op. cit.*, p. 90

³⁵⁸ FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *op. cit.*, p. 1007

³⁵⁹ Así denomina Alf Ross, a la filosofía del Derecho natural, basado en la racionalidad y justicia de la norma. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro G. Carrió, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1963, p. 3

³⁶⁰ “El filósofo jurista se interesa por la validez intrínseca u objetiva de las normas jurídicas, es decir, por la Justicia. “la validez objetiva de un precepto no deriva de la forma o estructura lógica del mismo, ni de las condiciones en que fue formulado, sino exclusivamente de su materia. Objetivamente válido es el precepto justo.” VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 118

³⁶¹ “La justicia será un parámetro primordial para determinar la validez de la norma conforme al derecho natural.” DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 117

³⁶² FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, presentación de las aportaciones: “Derecho y libertades en la sociedad actual”, por parte de los investigadores de la Universidad de Salamanca (España), en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 317-319, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 319

³⁶³ PINSÓN CAVERO, José Martínez de, *Curso de Teoría del Derecho*, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Rioja, Logroño La Rioja, 2013, p. 143 y 144.

Denninger-, no debe serlo como la de aquel purismo metodológico propuesto por Kelsen en relación a las normas, sino que debe tenerse también, como una teoría del conocimiento de la realidad social.³⁶⁴ Conforme a ésta postura, una norma jurídica es válida en la medida que realmente es acatada por el conglomerado social, y por tanto tiene eficacia; si no se cumple o no se aplica, entonces, no es eficaz y por ende, no debe ser válida. La validez de las normas, desde el punto de vista sociológico, – precisa Antonio Picatto– *“es la verificación, a través de conductas empíricamente observables, de la creencia o representación relativa a ese orden normativo que orienta la conducta.”*³⁶⁵ En éste orden de ideas, para ésta corriente, una norma que se cumple y se vive por los aquellos a quienes se dirige, es eficaz; *“la validez real o sociológica entendida como eficacia, como vigencia social o práctica de la norma, lo decisivo no es el estudio de lo que los órganos de poder o los juristas denominan derecho positivo o vigente, sino el conocimiento del derecho que regula efectivamente la conducta de una sociedad determinada, por ser el realmente vivido y acatado por sus destinatarios.”*³⁶⁶ Ésta concepción se inspira en los hechos o fenómenos sociales; para ellos, son éstos los que le dan contenido y validez a las normas. *“La validez (es decir, la existencia lógico-explicativa) de la Norma Hipotética Fundamental (que permite considerar a todo el sistema como válido) es un efecto, una consecuencia, de la eficacia real del sistema jurídico.”*³⁶⁷ Por lo que, *a contrario sensu*, no se podría sostener la validez de la norma fundamental, si el sistema jurídico careciera de eficacia real. De lo anterior tenemos que, la validez de las normas está en función de la real eficacia de la norma fundamental. Se determina esa mayor, menor o nula eficacia, en función del nivel de cumplimiento voluntario por los ciudadanos y en función del nivel de aplicación y observancia forzosa provocada por la acción de las autoridades.³⁶⁸

A partir de los hechos históricos se derivan situaciones de las que se pueden crear normas jurídicas. Mediante el realismo jurídico, –considera Stammmler *“se ha de llegar al conocimiento del contenido real y del movimiento real en la evolución del derecho y de la moral. De los hechos históricos puede la abstracción sacar leyes. Según ello lo moral no es deducible de un principio eterno ni de una actuación divina. Lo moral ha de referirse a los mandatos de los pueblos o de los soberanos.”*³⁶⁹ Sobre éste particular Imer Flores estima que el derecho se ocupa básicamente *“del ser de la conducta humana”*;

³⁶⁴ “¿Acaso es ésta la manera ideal de destacar un purismo metodológico intencionadamente circular, por así decir, de una nueva «Teoría pura del Derecho», ahora bien, no como Teoría de las normas sino del conocimiento de lo social; o se trata quizá más bien de la arrogancia del poder disfrazada apenas de jerga lingüística de tipo prescriptivo o, incluso al revés, es la pura expresión de la experiencia de impotencia socrática?” DENNINGER, Erhard, “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho Postmoderno”, *DOXA No. 14*, 1993, pp. 359-378, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1993, p. 360

³⁶⁵ PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 127

³⁶⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 107

³⁶⁷ GARCÍA HOLGADO, Benjamín, op. cit., p. 469

³⁶⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 107

³⁶⁹ STAMMLER, Rudolf, *Teoría del Derecho y del Estado*, p. 51
http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teorias_derecho/indice.html. Recuperado el 15 de diciembre de 2013.

es decir, como *“un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales”* y no meramente de las normas formales vigentes ni de los valores justos o naturales; por ello, *“para el ius realismo el derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos.”*³⁷⁰

Norberto Bobbio, en relación a ésta corriente del pensamiento jurídico expone que *“durante el pensamiento jurídico del siglo XX, en diversos momentos, hubo teóricos del derecho que buscaron captar el momento constitutivo de la experiencia jurídica no tanto en los ideales de justicia en los cuales se inspiran los hombres, o dicen inspirarse, o en los ordenamientos jurídicos constitutivos, pero sí en la realidad social, donde el derecho se forma y se transforma.”*³⁷¹ Por ello, para los filósofos del realismo jurídico, *el derecho no reside en el deber ser de las normas, sino en el ser de estas* que lo constituyen los fenómenos o hechos sociales. El derecho se determina más “en el ser” (como hecho social), que “en el deber ser” (como norma estatal); “el derecho no se puede reducir al Estado sino que debe incluir a la sociedad.”³⁷²

En el ius realismo los jueces son quienes en sus resoluciones, la dan esa conexión al derecho con la realidad social; por eso, para éste ius realismo social, *el derecho* se concibe como aquel instrumento que busca solucionar conflictos, y *al solucionarlos es como se va originando y desarrollando*, pues las soluciones que se van dando, son válidas para aplicarse en otras situaciones (casos). Niklas Luhman escribe: *“el derecho no se deriva de la naturaleza de la cosa, ni de la naturaleza humana - como antes se creía-, sino que se origina y desarrolla en la búsqueda de soluciones para los conflictos, con tal de que estas soluciones (incluyendo la utilización de la violencia) no se planteen únicamente como algo ad hoc, sino que sean válidas para más de un caso.”*³⁷³ Por ello es que también para ésta corriente del pensamiento jurídico el derecho tiene relación con las conductas de los jueces.³⁷⁴

Una vertiente del ius realismo, -el norteamericano-, se desarrolla en el sistema del *common law*, y se concibe al derecho como creación de los jueces, incluso se llega a afirmar que *el derecho es lo que los jueces dicen*; en efecto. *“los países del Common Law -precisa Fucito- tuvieron una significativa ventaja en la aceptación de los principios de la sociología jurídica: el entender el derecho sobre todo como creación judicial. Esta tendencia se observa especialmente en los Estados Unidos, y no es menor la incidencia que tuvo para que Holmes, Cardozo y Brandéis (tres de los más representativos expositores de la tendencia) llegaran a ser miembros de la Suprema Corte de los Estados Unidos”*³⁷⁵

³⁷⁰ FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *op. cit.*, p. 1019

³⁷¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría de la Norma Jurídica*, *op. cit.*, p. 62

³⁷² FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *op. cit.*, p. 1019

³⁷³ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Traducc. Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V., México, 2005, p. 414

³⁷⁴ *“los realistas relacionan el derecho con las conductas de los funcionarios y de los jueces.”* CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 96

³⁷⁵ FUCITO, Felipe, *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 228

Otra vertiente del ius realismo sociológico es el escandinavo. Uno de sus máximos exponentes es Alf Ross; cuando éste autor habla del problema de *la interacción del derecho y la sociedad*, estima que *los factores sociales son los que determinan el contenido variable del derecho* y su influencia sobre las normas jurídicas, el impacto y trascendencia social de determinadas instituciones o reglas con el derecho viviente (el que se desenvuelve natural y realmente en la vida social).³⁷⁶ Alf Ross estima que el derecho está constituido por los hechos o fenómenos sociales; son éstos los que tienen la primacía y no las normas de las que derivan; los hechos, propósitos y conductas sociales, son los que *le dan sentido a las normas*; sería imposible acotar el derecho puramente a las normas, apartadas de los fenómenos sociales. En el iusrealismo, para la explicación de los comportamientos humanos, el derecho y su teoría deben derivarse de las *ciencias y teorías sociales*.³⁷⁷

Como rasgos representativos de la postura de Alf Ross, tomados de su obra "*Sobre el derecho y la justicia*", traducida por Genaro G. Carrió, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, de 1963, tenemos los siguientes:

1. **Hipótesis de Ross. Las normas jurídicas como esquema de interpretación.** La hipótesis en la que se basa parte de que las normas del derecho son útiles como esquema de interpretación para un cúmulo de actos sociales, para poder entenderlos, darles un sentido y dentro de ciertos límites poder preverlos. Un derecho que realmente se cumple es porque goza de la convicción social; en caso contrario, aunque esté normado, devienen en normas inaplicadas.³⁷⁸
2. **Sobre la vigencia del orden jurídico.** Las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias.³⁷⁹
3. **Función social del derecho.** Una ciencia del derecho que no se *hace cargo de la función social* de éste tiene que resultar insatisfactoria desde el punto de vista del interés en *predecir las decisiones jurídicas*.³⁸⁰
4. **El problema de la interacción del derecho y la sociedad.** El contenido del derecho varía en función de determinados factores sociales, culturales, económicos y a la precepción que la comunidad tiene del derecho así como su influjo relativo al mismo; a las consecuencias sociales de determinadas instituciones jurídicas; a la potestad del parlamento para encauzar el progreso colectivo; a *la relación entre el derecho "viviente" (tal y como se desarrolla efectivamente en la vida de la comunidad) y el derecho teórico o de los libros*; y los factores reales de poder o fuerzas fácticas que promueven su aplicación, en contraste de su aplicación en sede jurisdiccional.³⁸¹

³⁷⁶ Cfr. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 4

³⁷⁷ Cfr. ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, en FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, op. cit., p. 1019 y 1020

³⁷⁸ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 29

³⁷⁹ *Ibidem.* p. 34

³⁸⁰ *Ibidem.* p. 43

³⁸¹ *Ibidem.* p. 25 y 26

5. ***La ciencia del derecho, no puede separarse de la sociología jurídica.*** “La ciencia del derecho, sin embargo, ***no puede nunca separarse de la sociología jurídica.*** Aunque aquella se interesa en la ideología, ésta es siempre una *abstracción de la realidad social*. Aun cuando el jurista no se ocupa del nexo que conecta la doctrina con la vida real, este nexo, sin embargo, existe. Se encuentra en el concepto “derecho vigente” que, tal como hemos visto, es parte esencial de todas las proposiciones doctrinarias. Porque este concepto, de acuerdo con nuestro análisis provisional, alude a la efectividad de las normas en tanto que constituyen un hecho social.”³⁸²
6. ***La realidad social y los fines sociales como criterios para orientar la decisión de los jueces.*** “El juez no está motivado exclusivamente por las normas jurídicas; lo está también ***por fines sociales*** y por la captación teórica de las conexiones sociales relevantes para el logro de aquellos fines. Por esta razón se ha reclamado a la *ciencia del derecho*, especialmente en tiempos recientes, que dirija su *atención a las realidades de la vida social*.”³⁸³
7. ***El derecho en acción son los fenómenos sociales y guardan relación con las normas jurídicas.*** La sociología jurídica, a su vez, no puede apartarse de la ciencia jurídica ya que es la que se encarga del derecho viviente, la que contextualiza al derecho estático. Los fenómenos sociales que son el tema de la sociología jurídica sólo adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas del derecho vigente.³⁸⁴
8. ***Correspondencia entre el contenido normativo ideal y los fenómenos sociales. (interpretación).*** “La filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la vigencia del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales.”³⁸⁵
9. ***Derecho - fuerza - validez.*** El ordenamiento jurídico de un Estado se constituye por reglas relativas al ejercicio de la fuerza; las normas jurídicas tienen la cualidad de contar con el auxilio de la fuerza.³⁸⁶

6.5.6.4. La coexistencia de todos los criterios de validez (trilogía o tríada)

Para la solución de problemas y casos complejos, la ley no es la panacea ni el único referente, se tiene meramente como una mera directriz, hay otros elementos que deben considerarse por encima de la misma, las *metanormas*, *derechos morales o strong rights*, que derivan de los principios y valores derivados de los preceptos fundamentales; en la aplicación del derecho Gregorio Peces-Barba, insiste que en nuestros tiempos resulta *inaudito identificar el Derecho con la ley*, así como afirmar

³⁸² *Ibidem.* p. 43

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ *Ibidem.* p.65

³⁸⁶ *Ibidem.* p. 51

que los jueces sólo deben ser boca muda que pronuncia las palabras de la ley;³⁸⁷ esto es, *basarse sólo en las leyes, como si fueran en único criterio válido para resolver los casos planteados*. En el postpositivismo -como lo refiere Albert Calsamiglia-, las fuentes no sólo descansan en las reglas (normas jurídicas) y se privilegia a la relación intermitente entre el derecho con los valores (la moral).³⁸⁸

Hay puntos de conciliación entre iuspositivismo y ius naturalismo; así mismo, compatibilidad entre validez material y eficacia, pues del contenido de la norma se determina su utilidad social. Para Norberto Bobbio, entre *iusnaturalismo* (que proclama la validez material) y el *ius positivismo* (que sostiene la validez formal de las normas jurídicas), aunque reconoce que operan en distintos planos, *afirma la compatibilidad entre ambas pero únicamente "vistas como formas de aproximarse a la experiencia jurídica, son compatibles pues operan sobre dos planos diversos; por un lado el de la valoración de la justicia con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica."*³⁸⁹ El contenido de la norma también es un presupuesto de validez de las normas jurídicas vigentes; por lo que existe a consideración de Guillermo Borda, una conexión entre normas morales y jurídicas; no son independientes, pues se entremezclan, se implican mutuamente y estima que *"la moral es un ingrediente necesario de lo jurídico"*.³⁹⁰ Por su parte, Rudolf Von Jhering alude que *"sólo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad social"*,³⁹¹ y por tanto, acepta esa coexistencia entre eficacia y validez material al admitir que esa utilidad social del derecho está en función de su contenido; y por ende, no podemos separar de las normas, su contenido (valores) y su utilidad social.

A su vez, Mouchet y Zorraquín estiman que la norma jurídica no tiene que ser amoral, ni a social, pues al contrario son componentes de la misma. *"...El derecho se compone, por lo tanto, de preceptos morales, de normas sociales y de reglas técnicas que al ser sancionados por la autoridad competente se convierten en normas jurídicas."*³⁹² Peces-Barba

³⁸⁷ "No es posible, a la altura de finales del siglo XX, mantener la identificación del Derecho con la ley, ni la afirmación de que el juez sólo debe ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley". PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 84

³⁸⁸ "dos de los principales problemas que sugiere el denominado postpositivismo son los de la indeterminación del derecho ... y la conexión entre el derecho y la moral están en la agenda prioritaria de la reflexión actual." CALSAMIGLIA, Albert, "Postpositivismo", *DOXA*, 21-I, 1998, pp. 209-220, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 218

³⁸⁹ "Las relaciones entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son muy variadas y complejas. Cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son ni hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos." BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 84 y 95

³⁹⁰ "La dificultad consiste en que no se trata de conceptos perfectamente independientes, separados entre sí por una línea definida. No sólo aparecen frecuentemente entremezclados, no sólo se influyen recíprocamente, sino que, a nuestro entender, la moral es un ingrediente necesario de lo jurídico." BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 8

³⁹¹ VON IHERING, Rudolf, *El fin del Derecho*, op. cit., p. 270

³⁹² MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, op. cit., p. 29

admite también que no se puede entender un concepto del derecho en el que falte “*su justicia y de sus substrato social*”.³⁹³ Por consiguiente para éste autor el derecho está conformado por la norma **formalmente válida**, pero además **justa** por lo que encierra, y que responde además a una **realidad social** que la reclama.

Manuel Albadalejo también está de acuerdo en la anterior idea.

En primer lugar, sostiene que hay una correspondencia entre el derecho natural y el positivo. El derecho positivo, acorde a los requerimientos de una época y lugar, debe desarrollar principios del derecho natural, esa correspondencia armónica es la que lo legitima. “*En otro caso no se trata de verdadero derecho, sino de un puro mandato injusto, aunque su cumplimiento pueda imponerse por la fuerza.*”³⁹⁴ En base a lo anterior, la validez material y la validez formal no son conceptos que tengan que verse de manera independiente; son complementarias y más aún, esa correspondencia resulta necesaria.

En segundo lugar, -aunque Albadalejo no lo refiere expresamente-, también en su noción expresada, creemos que comprende a la corriente del “*ius realismo sociológico*” por lo que sigue: como ingrediente de la cita anterior, tenemos que el derecho también debe atender las “*necesidades de cada momento y lugar*”; por nuestra parte, estimamos que la expresión “*necesidades*”, representa las “*realidades*”, los “*hechos o fenómenos sociales*” que se van actualizando en un lugar determinado de momento a momento, y que desde luego, como lo considera el autor, el derecho también debe comprenderlos; esto último corresponde a la esencia del ius realismo sociológico. En relación al concepto de “*las necesidades de cada momento y lugar*”, es muy categórico lo que Niklas Luhman escribe en “El derecho de la sociedad”; el pasar de lo estático a **lo dinámico de la validez; el fundamento de validez cambia de un momento a otro** y subraya: “*Hemos modificado el ámbito del concepto de validez jurídica y lo hemos convertido, de algo estático y relativamente invariable, en algo dinámico. La validez jurídica funge como un símbolo circulante con el que el sistema jurídico señala momentáneamente su propio estado, un estado y condiciones de los que inevitablemente tiene que partir, si es que, a uno u otro respecto, ha de alterarse el fundamento de validez. Con ello se expande también el concepto de positividad del derecho.*”³⁹⁵ La justa descripción de lo que estamos viviendo en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el papel que juegan los jueces como intérpretes de las normas es fundamental en ésta dinámica; **la interpretación de las normas varía en función de las épocas, de los contextos económicos, sociales, culturales, idiosincrasia, nuevos paradigmas, nuevas concepciones.**

³⁹³ Tampoco es sostenible la tesis de la teoría pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de su justicia y de su substrato social. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 84

³⁹⁴ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, op. cit., p. 21

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op. cit., p. 410

Son varios los juristas que afirman que debe haber una coexistencia de los criterios de validez pre referidos. Es de destacar las ideas que conciben al derecho como *valor, norma y hecho*; según Miguel Reale, sus orígenes se remontan al año 1940,³⁹⁶ y dichas ideas derivan fundamentalmente de la de la "*Teoría integral*" de Luis Recasens Siches; de la "*Teoría de los tres círculos*" de Eduardo García Máynez; y de la "*Teoría tridimensional del derecho*" del propio Miguel Reale.³⁹⁷

Luis Recasens Siches, parte de una visión integral del derecho y reconoce la coexistencia entre las tres dimensiones antes expuestas; nos explica que en la realidad del derecho, *el hecho, la norma y el valor*, son las tres dimensiones que forman un trinomio indisoluble. "*El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos*".³⁹⁸

Eduardo García Máynez, reconoce que los conceptos de validez intrínseca, validez formal y eficacia no se relegan entre sí, explica que "*si bien los conceptos de validez intrínseca, validez formal y eficacia no se implican recíprocamente, y pueden por ello entrar en pugna, tampoco se excluyen entre sí, por lo que cabe sostener que los atributos que designan concurren a veces en una regla de conducta, e incluso en todo un orden jurídico*".³⁹⁹ Sostiene que aún cuando se puede precisar qué se entiende por *derecho vigente*, (jurista dogmático) qué por *derecho intrínsecamente válido* (jurista filósofo) y qué por *derecho eficaz* (jurista sociólogo), ello no nos permite saber qué sea el derecho en sí mismo.⁴⁰⁰ En su teoría de los tres círculos,⁴⁰¹ el círculo superior de la izquierda corresponde al derecho vigente; el superior de la derecha, al intrínsecamente válido; el inferior y central, al derecho eficaz; de donde deriva puntos de total oposición, puntos donde no se excluyen mutuamente, pero también puntos de convergencia entre los tres.

Luigi Ferrajoli, de manera similar a la categorización hecha por Eduardo García Máynez del jurista *-dogmático, sociólogo y filósofo-*, considera que la teoría general del derecho admite una triple interpretación semántica.

a) *La interpretación empírica* que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la *dogmática jurídica*;

³⁹⁶ REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Trad. Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 69

³⁹⁷ FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *op. cit.*, p. 1002

³⁹⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.*, p. 40.

³⁹⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, ... *op. cit.*, p. 94

⁴⁰⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, *op. cit.*, p. 145

⁴⁰¹ *Ibidem*. p. 148

b) *La interpretación empírica* que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como lo desarrolla la *sociología del derecho*;

c) *La interpretación axiológica* del derecho expresada por la valoración y la proyección del derecho, tal como propone la *filosofía política*.⁴⁰²

Si bien es cierto que antes otros juristas ya habían hecho una referencia a las tres dimensiones, Miguel Reale es el autor que creemos, hace un replanteamiento de la teoría tridimensional del Derecho y nos muestra una visión integral del Derecho. Sobre ella se ha dicho: “Esta teoría comporta, hay que decirlo, enormes ventajas pedagógicas, toda vez que nos ayudará a transmitir una visión cabal del Derecho y no sólo una visión unilateral o unidimensión del mismo... Concibe al fenómeno jurídico desde una *tercia de manifestaciones: como hecho social, norma jurídica y como valor*.”⁴⁰³ Estas tres dimensiones conforman una sola noción del derecho. La dimensión *axiológica*, al derecho como valor; la *normativa*, al derecho como norma; y, la *fáctica*, al derecho como realidad.”⁴⁰⁴

Las ideas rescatadas de su *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducida por Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, se expresan de la siguiente manera:

1. *Vigencia, eficacia y fundamento*. “La necesaria complementariedad de las investigaciones del filósofo, del sociólogo y del jurista se revela en forma bien notoria cuando se estudia el problema de la validez del derecho.”⁴⁰⁵
2. *Carácter fáctico-axiológico-normativo*. Conocido como *tridimensionalidad específica*. Los tridimensionalistas se han limitado a afirmar el *carácter fáctico-axiológico-normativo del derecho*, sin extraer de este planteamiento del problema todas las consecuencias implícitas en él.⁴⁰⁶
3. *La teoría tridimensional*. En el sentido auténtico del término, representa, por consiguiente, la toma de conciencia de todas las implicaciones que dicha verificación establece para cualquier género de investigación sobre el derecho y sus consiguientes *correlaciones en los distintos planos de la Ciencia del Derecho, la Sociología jurídica o la Filosofía del Derecho*.⁴⁰⁷
4. *La naturaleza del derecho es esencialmente triádica*. Corrobora que la esencial naturaleza del derecho es triádica, no se pueden en lo absoluto separar las tres dimensiones.⁴⁰⁸

⁴⁰² FERRAJOLI, Luigi, “La Teoría del Derecho en el Sistema de los Saberes Jurídicos”, Trad. Isabel de la Iglesia, Gerardo Pisarello y Ricardo Ga Manrique. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 30

⁴⁰³ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *op. cit.*, p. 58

⁴⁰⁴ FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *op. cit.*, p. 1027

⁴⁰⁵ REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, *op. cit.*, p. 37

⁴⁰⁶ *Ibidem*. p. 63

⁴⁰⁷ *Ibidem*. p. 69

⁴⁰⁸ *Cfr. Idem*.

5. *El punto de partida de la norma es el hecho, rumbo a determinado valor.* En los preliminares al estudio de la teoría tridimensional del Derecho⁴⁰⁹ nos subraya que, la norma jurídica señala una senda, y para transitarla hay que salir de un preciso punto y ser orientados por determinado rumbo. “Luego, el punto de partida de la norma es el hecho, rumbo a determinado valor.”⁴¹⁰
6. *La conciencia de la necesidad de un nuevo paradigma.* En el epígrafe “*Visión integral del derecho*,”⁴¹¹ considera que gracias a ella, se atribuyó la reflexión sobre la necesidad de *un nuevo paradigma*. “Cabe precisar que, se haya aceptado o no expresamente *la teoría tridimensional del derecho qua tale*, lo cierto es que, gracias a ella, se imputo la conciencia de la necesidad de un nuevo paradigma para tener *una idea global y congruente de la experiencia jurídica*.”⁴¹²

6.5.7. La invalidez de las normas jurídicas.

El aspecto negativo en cuanto a la eficacia de las normas, es la ineficacia; y de ella, *la invalidez una especie*, que puede afectar, ya a la estructura, ya al contenido o a la utilidad social de la norma. Hans Kelsen da la expresión de “*norma derogante*”, a aquella *norma por la que se restringe o anula otra norma*.⁴¹³ Planteado de otra forma tenemos que: si la validez de las normas jurídicas está en función de la coherencia y conformidad de estas con aquellas otras normas que establecen el proceso de creación, tanto formal y material;⁴¹⁴ entonces, la incoherencia o inconformidad de aquellas con este producirían la invalidez de las normas.

Riccardo Guastini afirma que la invalidez de las normas jurídicas puede ser de dos tipos: la formal y la material, y subraya que son inválidas por *cuestiones de forma* las leyes que no devienen de un órgano competente y de acuerdo a los procedimientos requeridos; son inválidas por *cuestiones materiales o sustanciales* si contravienen al objeto o contenido de la norma fundamental.⁴¹⁵

Sin embargo, estimamos que a lo anterior le falta incluir el lado negativo correspondiente a la tercera dimensión que corresponde a la validez sociológica; nos referimos a *la invalidez sociológica* que se actualiza cuando las leyes no guardan

⁴⁰⁹ *Ibidem.* p. 119.

⁴¹⁰ *Ibidem.* p. 120

⁴¹¹ *Ibidem.* p. 142.

⁴¹² *Ibidem.* p. 145

⁴¹³ Una norma a través de la cual se restringe o anula otra norma (norma derogante) estipula que un determinado comportamiento no debe ser (a diferencia de una norma que establece el deber de omitir un determinado comportamiento). KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, op. cit., p. 21

⁴¹⁴ “su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica.” RUBIO CORREA, Marcial, “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Themis*, No. 51, pp. 7 – 18, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 9

⁴¹⁵ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, En torno a las Normas sobre la Producción jurídica, Trad. De Miguel Carbonell, IIJ-UNAM, Distribuciones Fontamara, México, 2001, p. 92 y 93

ninguna relación con la realidad social, ni con los fines sociales; si falta esta dimensión, no sería cabalmente una ley, y por tanto, no sería válida. En ella cobra importancia el pensamiento de Hart y el de Alf Ross.

Hart estima que la regla de reconocimiento puede admitir una gran diversidad de formas simples o complejas, o puede constar en un monumento público o documento escrito que las contiene.⁴¹⁶ Cuando **Hart** habla de las reglas de reconocimiento, considera al reconocimiento *“como criterio común y público de decisiones correctas y que engloba el reconocimiento de los particulares para obedecerlas. La regla de reconocimiento hartiana es por tanto fáctica, sociológica, no pretende ser normativa, no pretende tener validez, porque ella misma es el criterio de validez”*.⁴¹⁷ Las reglas de reconocimiento son reconocidas así en una comunidad particular, y al considerarse válidas, *deben ser cumplidas*. Recordemos que la regla de reconocimiento es la que le viene a *dar certeza* a las reglas primarias o secundarias, al ser *indicaciones indiscutibles que deben ser atendidas por el grupo social*, y que incluso *pueden ser normas consuetudinarias* que son adjudicadas en las resoluciones de los jueces.

Cuando **Ross** expresa que *son inseparables* sociología jurídica y ciencia del derecho, lo hace porque considera que la ciencia del derecho a fin de cuentas es una *abstracción de la realidad social*; y aunque el jurista no tiene la tarea del nexo que une *la doctrina* con *la vida real*, no podemos negar la existencia de ese nexo; ese nexo está en el concepto de *derecho vigente*, que no se puede separar jamás de las proposiciones de la doctrina, ya que es parte esencial en ellas; y concluye que eso es lo que le da efectividad o eficacia a las normas, que conforman un hecho social. Otro aspecto que queremos resaltar del pensamiento de Ross, es el papel que desempeña la *realidad social y sus fines*, como **criterios** que *orientan la decisión de los jueces*, reconoce que no sólo las normas motivan las decisiones judiciales; también toman en cuenta a los fines y a la realidad sociales; *buscar los puntos de conexión de los hechos sociales relevantes con las normas*. **Ross** afirma que eso es lo que hoy en día se le reclama a la ciencia del derecho, el que dirija su atención en las *realidades de la vida social*.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Cfr. H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 117

⁴¹⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 131

⁴¹⁸ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 43

6.5.7.1 Formas débil y fuerte de invalidez

Riccardo Guastini considera que de las formas de invalidez, una es fuerte y la otra es débil, según se produzca o no la inexistencia de la ley. Nos explica que “*la invalidez material*” es **débil** ya que no origina la inexistencia de la norma; “*la invalidez formal*” es comúnmente fuerte, ya que con ella se busca lograr la inexistencia normativa.⁴¹⁹ Nosotros consideramos que si la invalidez formal deriva de la incompetencia del órgano del que procede o de no haber seguido los procedimientos debidos; es posible lograr la declaración de invalidez de esa ley, de manera más clara, palpable u objetiva; en cambio, en tratándose del contenido puede resultar más compleja, pues no es en ocasiones tan clara esa inconsistencia de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, y requiere en muchas ocasiones de una interpretación jurídica más profunda; sin embargo, en nuestro derecho mexicano, puede declararse la inconstitucionalidad de una ley ya sea por cuestiones sustanciales o por cuestiones formales, ya sea por su objeto o materia disciplinada, o por su contenido o modo en que esa materia es disciplinada, como lo refiere Guastini; por lo que, para nosotros, en éste sentido de invalidez formal y material, resulta poco trascendente hablar de esa invalidez fuerte o débil. Donde sí estimamos que cabría esa invalidez débil sería en la invalidez sociológica; más sin embargo, allí es donde cobra vida con la interpretación judicial, no pocas resoluciones judiciales se han basado en conceptos sociológicos.

En cuanto a su *invalidez social o ineficacia*; una *norma que no tiene conexión* con la realidad jurídica, con la vida social y los fines sociales, a pesar de ser formal y materialmente válida, *carece de méritos para ser norma jurídica*, derivando de ello, su invalidez; pero hoy por hoy, esta concepción es todavía muy endeble *-al menos en nuestro derecho mexicano-*; éste criterio de validez estimamos que está en manos de los jueces; los jueces son quienes pueden garantizar el cumplimiento de ella; por ello deben prepararse, capacitarse, actualizarse para que puedan evolucionar en su concepción sobre el derecho *-que, la mayoría de las veces es meramente legalista, se parte sólo de la ley, sin cuestionar siquiera su validez ya formal, menos la material, todo ello como herencia que nos he legado el positivismo-*, se estima que así es como se puede atender ésta problemática de validez de la norma, los jueces son quienes tienen por antonomasia la tarea de dar ese dinamismo a las normas jurídicas; principios como el de la tutela judicial efectiva, por ejemplo, nos llevan a que, no por meros tecnicismos “legaloides”, herencia pura del positivismo, se niegue la justicia en el peor de los casos, o retrase la justicia, se pretende que realmente la justicia sea pronta y expedita para los justiciables.

Sobre la invalidez de las normas, Gustavo de Silva afirma que “*Las normas jurídicas perderán validez, únicamente al actualizarse alguno de los supuestos previstos en el derecho positivo; bien se desprenderán éstos de una norma diversa o inclusive, de la*

⁴¹⁹ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit, p. 93

propia norma que quedará sin efectos."⁴²⁰ De lo anterior, tenemos que uno de los criterios válidos para solucionar el problema es el de jerarquía según el cual, *lex superior derogat legi inferiori*;⁴²¹ por ende, no puede justificar su validez, cualquier norma inferior que se oponga a las normas superiores, partiendo de que, el derecho es un sistema jerárquico de normas. Rubio Correa estima que *"la validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior."*⁴²²

Además de la jerarquía, donde evidentemente que hablamos de normas contenidas en distintos cuerpos normativos, otro criterio es *"el contenido de la norma"*, de éste deriva el principio de *lex specialis derogat generali*,⁴²³ en éste caso, el principio puede resultar aplicable aún en tratándose del propio cuerpo normativo en cuestión, *-la mayoría de las ocasiones así es-*; no se trata propiamente de una derogación, sino más bien, de una inaplicación de la regla general, si se está en el caso de excepción.

Otro criterio es el tiempo, y se aplica entre leyes aunque del mismo rango jerárquico, cuando existe una nueva ley y atentos al principio *lex posterior derogat priori*,⁴²⁴ entendemos que la nueva ley deja sin efectos a la anterior. En éste apartado, sin dejar de reconocer que no son lo mismo, "vigencia" y "validez", pues la vigencia es una especie de validez formal al presuponer que la norma jurídica general ha sido promulgada y publicada, y se considera, por esa circunstancia, *de observancia obligatoria*; lo que no implica necesariamente que sea materialmente sea válida, pues ello dependerá del contenido de la misma; el que no contravenga principios o valores superiores, o posteriormente reconocidos, o especiales. Marcial Rubio Correa estima que puede haber normas vigentes, en tanto que exigibles, pero no válidas por contravenir a una norma superior ya en el fondo o en la forma.⁴²⁵ En cambio, si la norma jurídica no es vigente en tanto que no es exigible, de suyo, su aplicación no puede resultar válida. De ello partimos para expresar las diversas modalidades que pueden presentarse, y nos pueden llevar a la extinción total o parcial de la vigencia de una ley, si hay cambios esenciales o accidentales, cuantitativos o cualitativos en la misma, o si se agregan exigencias; y entonces se actualizan las nociones de: *derogación (expresa o tácita), abrogación, reforma y la adición.*

⁴²⁰ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 130

⁴²¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2005, p. 46

⁴²² RUBIO CORREA, Marcial, "La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, p. 9

⁴²³ MURULANDA MARTÍNEZ, Diego, *Fundamentos para una introducción al derecho*, Erinia, Editorial Universidad de Antioquía, Medellín, 2007, p. 162

⁴²⁴ *Ibidem.* p. 161

⁴²⁵ "De manera que podemos tener una norma vigente y por tanto exigible que, sin embargo, sea inválida por ir contra una norma superior por el fondo o por la forma." RUBIO CORREA, Marcial, "La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, p. 10

6.5.7.2 Fuentes de invalidez de las normas

Gustavo De Silva considera que las fuentes de la invalidez de las normas son tres; así, las normas podrán perder validez por:

- a) Ser derogadas o abrogadas,
- b) Cumplir su condición o fin, o culminar su vigencia temporal y
- c) Ser declaradas inválidas por el órgano competente.⁴²⁶

Apoyándonos en sus ideas, tenemos que, *la abrogación* proviene del latín *abrogatio*, del verbo *abrogare* que significa *anular, abolir*. *Abrogar una ley, un código*.⁴²⁷ “La abrogación entraña la supresión total de la vigencia, obligatoriedad y efectos de una ley.”⁴²⁸ *La derogación* es la pérdida parcial de la vigencia de una ley. *La adición*, es un agregado que se le hace a la norma; *la reforma* es una modificación de algo, generalmente con la intención de mejorarlo;⁴²⁹ jurídicamente, sería la modificación de las normas jurídicas generales, y el cambio puede ser esencial o no, de aspectos cualitativos o cuantitativos.

Ahora bien, “La abrogación puede ser de tres tipos: 1) *abrogación expresa directa* cuando la ley expresamente declara que otra ley ha dejado de tener vigencia; 2) *abrogación expresa indirecta* ocurre cuando la ley establece expresamente su periodo de vigencia, o bien, cuando la ley se ha dictado para regir una situación transitoria, y 3) *abrogación tácita* se da cuando la entrada en vigor de una ley implica la abrogación de otra por regular una misma materia, conforme al principio *lex posterior derogat priori* o cuando una ley que entra en vigor establece una regulación opuesta a otra de anterior vigencia.”⁴³⁰ La derogación también puede ser expresa o tácita.

Por último, la tercer forma de invalidez antes referida, el “*ser declaradas inválidas por el órgano competente*”. Nos lleva a tomar en consideración a los controles de constitucionalidad tanto directos como el indirecto, que buscan la congruencia formal y material de las normas jurídicas inferiores con la fundamental del Estado; Rubio Correa considera que la norma inferior para ser válida, debe ser compatible formal y materialmente con la norma fundamental;⁴³¹ en caso de incompatibilidad ya sea formal o sea material, estamos ante situaciones de normas inválidas. En nuestro **derecho mexicano**, hoy en día, además del control indirecto de

⁴²⁶ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 130

⁴²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, p. 13

⁴²⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 145

⁴²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, p. 1925

⁴³⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 145

⁴³¹ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial, “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 10

la constitucionalidad llamado “difuso”,⁴³² los medios de *control constitucional directo* admiten ya la anulación o invalidación de normas generales; es el caso del amparo indirecto en revisión contra leyes, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad.

6.5.7.3 En el amparo indirecto en revisión contra leyes.

Cuando los particulares impugnen una ley o un acto de aplicación de la misma, existe la posibilidad de obtener la DGI “*Declaratoria general de Inconstitucionalidad*”; por lo que una norma jurídica así declarada, es inválida y ya no puede aplicarse a nadie. En la reforma constitucional de 2011, en el numeral 107 y posteriormente el 2 de abril del 2013 se emitió un decreto por el cual se expidió la *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que en su título cuarto, capítulo sexto quedó regulada esa DGI; con ello prácticamente desapareció la fórmula Otero alusiva a la relatividad de las sentencias de amparo, que se consideraba inequitativa.⁴³³ Estima Mario López Peña que con la reforma, las sentencias de amparo indirecto podrán tener efectos generales, hecha excepción de la materia tributaria; por lo que al no haber sido integral, ésta reforma vulnera varios principios, y sobre todo al principio de tutela judicial efectiva, mediante el cual se busca que la justicia sea pronta y expedita.⁴³⁴

El procedimiento para llegar a la DGI, lo determina la *fracción II del artículo 107 constitucional* y es el siguiente:

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración, esto es, en cinco casos, que determinen la

⁴³² El control difuso es indirecto porque le corresponde a *todos los jueces y organismos jurisdiccionales* de la república, que deben *asegurar la integridad de la constitución*, deben aplicar ante todo la Constitución por encima de cualquier otra ley o norma jurídica que la contravengan; y por tanto *inaplicar aquellas normas jurídicas que se opongan a la fundamental*. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 157

⁴³³ Así lo expresó Édgar Corzo, Especialista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: “Cuando una persona combatía una ley solamente le beneficiaba a esa persona, ese era el gran problema de desigualdad que teníamos porque quien tenía dinero iba con un abogado especialista en amparo, podía ir con los jueces federales y ahí obtener un amparo en contra de la ley y beneficiarse”, Documento recuperado el 15 de abril de 2014, de la página:

<https://canaljudicial.wordpress.com/2013/04/05/declaratoria-general-de-inconstitucionalidad/>.

⁴³⁴ <https://canaljudicial.wordpress.com/2013/04/05/declaratoria-general-de-inconstitucionalidad/>. Recuperado el 15 de abril de 2014.

inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora de esa norma.

Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad en la norma, ya sea derogándola, abrogándola, reformándola, adicionándola, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, si es aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

Sin embargo, lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no se aplica a normas generales en materia tributaria.

6.5.7.4 En las controversias constitucionales.

Están previstas por el artículo 105 de la norma fundamental mexicana que le confiere competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer (salvo en materia electoral) de las controversias constitucionales que se susciten entre Poderes, entidades gubernamentales, órganos que tienen autoridad, pero sólo las autoridades así consideradas por el numeral aludido.

Los rasgos característicos de la Controversia Constitucional son:

1. Mediante la Controversia Constitucional se busca asegurar la distribución de competencias entre órganos gubernamentales conforme a la norma fundamental, para garantizar la supremacía de la constitución y el equilibrio de poderes.⁴³⁵
2. Tiene naturaleza jurídica de un juicio instaurado entre Poderes y Órganos (entidades gubernamentales), de los cuales uno es el que demanda la invalidez de actos o normas generales provenientes de otro, que contravienen a la norma fundamental.⁴³⁶ Por ello, lo que se plantea en estos juicios, es la posible inconstitucionalidad de normas generales o de actos concretos pidiendo su invalidación, se alega que tales normas o actos no se ajustan a lo dispuesto en la norma fundamental. No obstante que de manera genérica se denominen constitucionales, pueden tener como objeto el control de la legalidad.⁴³⁷
3. La teleología de éste juicio obligar y constreñir a que todas las entidades gubernamentales, los Órganos y Poderes a que se refiere de la Constitución

⁴³⁵ <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONTROVERSIA%20CONSTITUCIONAL.pdf>
Pág. 17 y 18. Recuperado el 15 de abril de 2014

⁴³⁶ SÁNCHEZ CORDERO, Olga, "La controversia Constitucional", *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 29, pp. 507-542, México, 1999, p. 514

⁴³⁷ <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONTROVERSIA%20CONSTITUCIONAL.pdf>
Págs. 14 y 15. Recuperado el 15 de abril de 2014.

Federal conformen y ajusten su actuación y la realización de todos sus actos a lo que prescribe la Norma Fundamental mexicana.⁴³⁸

4. Las controversias constitucionales vienen a darle a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la esencia de ser un auténtico Tribunal Constitucional, ampliando su competencia y dando mayor fuerza a sus resoluciones.⁴³⁹
5. Son un juicio autónomo de naturaleza constitucional con todas las etapas esenciales tales como la demanda, emplazamiento, desahogo de pruebas, alegatos, audiencia del juicio, y la resolución.⁴⁴⁰
6. Las partes ya como actores, demandados, terceros interesados, son poderes, entidades, u órganos gubernamentales.⁴⁴¹ Sólo pueden promoverla ellos, los particulares no tienen legitimación activa para promoverla.⁴⁴²

En una Controversia Constitucional, *¿de dónde se puede derivar la invalidez de las normas generales?* Cuando la controversia verse sobre disposiciones generales, la resolución tendrá efectos generales si se aprueba al menos por ocho votos. El fundamento es el propio artículo 105 que dispone:

*“Siempre que las controversias versen sobre **disposiciones generales** de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las **declare inválidas**, dicha resolución **tendrá efectos generales** cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos **ocho votos**.*

*En los **demás casos**, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente **respecto de las partes** en la controversia.”*

6.5.7.5 En las acciones de inconstitucionalidad.

Su fundamento en el derecho mexicano deriva de la fracción II, del artículo 105 de la Constitución Federal. Y es contra disposiciones de carácter general cuyas disposiciones contravienen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sus rasgos característicos son los siguientes:

⁴³⁸ SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *op. cit.*, p. 514

⁴³⁹ *Ibidem.* p. 510

⁴⁴⁰ *Ibidem.* p. 512

⁴⁴¹ <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONTROVERSIA%20CONSTITUCIONAL.pdf>

Pág. 14. Recuperado el 15 de abril de 2014

⁴⁴² SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *op. cit.*, p. 516

1. **Quienes las promueven.** Sólo los organismos públicos⁴⁴³ a que refiere los incisos del a), al i), de la fracción II del artículo 105 constitucional. Esto es: El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la (Cámara de Diputados, Cámara de Senadores) contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, y adicionalmente para el Senado para los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. El mismo porcentaje de miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y de las Legislaturas de los Estados, pero sólo para las leyes expedidas por dichos órganos legislativos. También el Ejecutivo Federal, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno. Partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, *en contra de leyes electorales federales o locales*; los que sólo cuentan con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por las legislaturas del Estado que les otorgó el registro. Además de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, contra todas aquellas disposiciones generales que vulneren los derechos humanos, y sus equivalentes en los estados pero éstos últimos sólo para aquellas leyes estatales que así lo hagan. El organismo de Acceso a la información pública tanto Federal, de los Estados y del Distrito Federal, en sus respectivas competencias, cuando las leyes vulneren el acceso a la información pública. Por último el Fiscal General de la República.
2. **La teleología.** La finalidad es mantener el orden jurídico constitucional, ese es su objetivo general; y de manera particular, con el ejercicio de esa Acción de Inconstitucionalidad, se pretende que se declare la invalidez de aquellas normas que eventualmente sean contrarias a la Máxima Ley del país. Ésta acción posibilita la declaración de invalidez de la norma combatida.⁴⁴⁴
3. **Plazo para promoverla.** Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma cuya inconstitucionalidad se pretende obtener. Artículo 105 Fracción II.
4. **El tipo de control.** El tipo de control “es un control abstracto, la legitimación para ejercerla, no se requiere de la aplicación de la norma, ni de la existencia de agravios. Es una forma de control de la validez de las normas.”⁴⁴⁵

⁴⁴³ Acciones de inconstitucionalidad, las promueven organismos públicos y buscan afectar la validez de una norma que atenta contra la constitución; deben estar de acuerdo en ello 8 ministros. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción Abstracta de Inconstitucionalidad*, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 437

⁴⁴⁴ Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 927-950. México, 2003, p 944

⁴⁴⁵ *Idem*.

5. **Votación calificada.** Se requiere la aprobación de al menos ocho ministros. Conforme a la fracción II del Artículo 105 *Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.* Empero, si no se obtiene esa votación, meramente “se desestima la acción y se ordena el archivo, pero no equivale a afirmar su constitucionalidad.”⁴⁴⁶

En resumen, en una Acción de Inconstitucionalidad, *¿de dónde se puede derivar la invalidez de las normas generales?* Teniendo como fundamento positivo constitucional el artículo 105 fracción II, tenemos que del ejercicio de una Acción de Inconstitucionalidad, la sentencia que sobre ella pronuncie por la Suprema Corte de Justicia, en la que declara la inconstitucionalidad de tal o cual norma general, si es aprobada por la mayoría de al menos ocho votos, de allí deriva la invalidez de normas generales; el que la norma sea declarada inconstitucional equivale a su invalidez, por lo que ya no deberá aplicarse en ningún caso.

6.5.8. Criterios de clasificación de normas jurídicas.

Debido a la temática que estamos desarrollando en la presente tesis doctoral, los criterios de clasificación como tales, no forman parte de nuestro objeto de estudio; sin embargo, debido a la sistematización que tenemos contemplada, resulta obligado al menos referirlos de manera muy somera, para llegar de lo general a lo particular. El criterio de clasificación que realmente nos interesa es el que tiene que ver con *su eficacia en relación a la voluntad de los particulares*, para situar allí a las *normas dispositivas y taxativas*, estas son propiamente las que nos interesa profundizar en su contenido para posicionarlas en relación a las incapacidades de goce y a los derechos fundamentales.

Con ésta aclaración proseguimos estableciendo que los criterios de clasificación de las normas jurídicas son tan variados según el autor que los propone.

6.5.8.1. Las normas jurídicas prescriptivas por su estructura.

Las normas jurídicas que aparecen como enunciados prescriptivos y que corresponden a los operadores deónticos según Cáceres Nieto, pueden ser de cuatro tipos: *las permisivas, las prohibitivas, las que imponen obligaciones, y las que imponen un tener que.*⁴⁴⁷ Las dos primeras se dirigen “al hombre potencialmente malo, para indicarle qué conductas debe evitar; en cambio, las de “tener que”, se dirigen al buen hombre que lo único que quiere saber es de qué manera debe actuar para obtener las facilidades

⁴⁴⁶ *Ibidem.* p. 945

⁴⁴⁷ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 25 y ss

que el derecho le ofrece.”⁴⁴⁸ Por otro lado, también se juzga que en ésta clasificación deben incluirse a las *normas jurídicas imperativas* que son de tipo prescriptivo, pues buscan que el destinatario se comporte de la manera exigida por la norma; Juan Antonio Ramos también así lo considera.⁴⁴⁹ Nosotros también así lo estimamos, y por ésta razón comenzamos la clasificación con la exposición de ellas. *Las normas permisivas por lo general se traducen en capacidades jurídicas expresas para las personas titulares de la permisión; en cambio, las prohibitivas, en incapacidades jurídicas para los sujetos destinatarios de la prohibición.*

6.5.8.1.1. Normas jurídicas imperativas u órdenes sus elementos:

Las normas jurídicas imperativas u órdenes, son aquellas que imponen determinadas acciones que necesariamente deben ejecutarse, no permiten al sujeto del deber que se sustraiga de la ejecución de las mismas, a diferencia de la obligación, el deber viene impuesto al sujeto por el ordenamiento bajo la amenaza, en general, de una sanción.⁴⁵⁰ Las normas imperativas son consideradas como deberes jurídicos, esto es, como la necesidad jurídica de realizar de manera puntual lo establecido por la norma, sin que exista la posibilidad de que no suceda. “*el deber jurídico equivale a necesidad o sujeción.*”⁴⁵¹ A diferencia de las normas que simplemente establecen obligaciones, como podría ser el caso de la obligación contractual derivada de una norma jurídica individualizada, cabe la posibilidad de la renuncia por parte del acreedor al derecho correlativo a ésta obligación; en las del deber no es posible. Por ejemplo del artículo 2288 se deriva la obligación que tiene el vendedor de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato; más sin embargo, es válido acordar que se entregue en otras condiciones distintas al en que se encontraba cuando se celebró el contrato.

Los elementos de las normas imperativas son:

a) Una acción exigida e irrenunciable: Es la orden o mandato que exige la norma y que se traduce en una acción o conducta que debe realizar el destinatario de la misma. Al hablar de acción no nos referimos sólo a conductas positivas, sino que, pueden ser también de carácter negativo. “la orden que se decreta en el divorcio en el sentido de que la mujer ya no debe usar el nombre del marido”.⁴⁵²

⁴⁴⁸ *Ibidem.* p. 28

⁴⁴⁹ “Las distintas formas de expresión lingüística de las normas. Éstas pueden expresarse de forma imperativa (“¡abre la ventana!”), de forma “deóntica” (“los niños deben respetar a sus padres”), y de forma anankástica (“tengo que estar a tiempo en la estación para coger el tren”).” RAMOS PASCUA, José Antonio, *op. cit.*, p. 1147

⁴⁵⁰ PECES-BARBA, Gregorio, “Los deberes fundamentales”, *DOXA*, núm. 4, Alicante, 1987, p. 329 y 330

⁴⁵¹ DE LAS HERAS GARCÍA, Miguel Ángel, *Estatuto Jurídico de la Profesión Médica, Tomo II*, Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 567.

⁴⁵² El Código Civil para el Estado de Guanajuato en el artículo 343 establece: “*En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. La mujer no podrá seguir usando el apellido del marido.*”

b) Una sanción. Es el castigo o la consecuencia jurídica atribuible a la falta de la acción exigida. La inobservancia de la norma jurídica imperativa; esto es, si la mujer sigue usando el nombre del marido, será responsable de las consecuencias de ese hecho ilícito, y de los daños y perjuicios que por el incumplimiento le irroque a su ex esposo.

c) Un relación de causalidad entre la sanción y la conducta exigida; esto es, que la inobservancia de la conducta exigida tiene como consecuencia directa e inmediata a la sanción prescrita. En el caso ejemplificado, tiene que probarse que el daño que ha recibido el esposo, es consecuencia de que la mujer divorciada, una vez ejecutoriado el divorcio, ha seguido usando el apellido de su anterior esposo, y esa conducta le ha ocasionado daños a éste.

6.5.8.1.2. Normas jurídicas prohibitivas sus elementos:

a) Una acción prohibida o ilícita. Es la conducta que contraviene al derecho o está expresamente prohibida. En éste supuesto de acción ilícita quedarían como ejemplo los delitos, y los cuasidelitos (hechos ilícitos que no son delitos), y como norma prohibitiva podríamos señalar, por ejemplo para el caso del contrato civil de mutuo con interés el artículo 2397 del Código Civil Federal que establece: *“Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”*.

b) Una sanción. Es el castigo o la consecuencia jurídica atribuible a la acción. En el ejemplo que se está manejando derivado del artículo 2379 de la ley en comento sería la nulidad de la convención.

c) Una relación causal entre la acción ilícita o prohibida y la sanción; es decir, que la sanción atribuible, sea consecuencia directa e inmediata de la acción ilícita o prohibida. En el caso particular que se está ejemplificando, la nulidad será la consecuencia directa e inmediata de haber contravenido una norma prohibitiva, al haber pactado de antemano, en un contrato de mutuo con interés, la capitalización de intereses. Este último elemento Enrique Cáceres Nieto lo expresa en los siguientes términos: *“Una relación condicional entre la conducta ilícita y la sanción y que se puede expresar bajo la fórmula: “si el hecho ilícito previsto por la primera parte de la norma tiene lugar, entonces el sujeto normativo deberá ser sancionado en los términos establecidos por la segunda parte”*.”⁴⁵³

⁴⁵³ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 25

6.5.8.1.3. Normas jurídicas que imponen obligaciones:

Hay normas jurídicas que expresamente establecen obligaciones, por ejemplo el artículo 2467 del Código Civil Federal que prescribe: *“El arrendatario está obligado a hacer las pequeñas reparaciones que exija el uso de la cosa dada en arrendamiento.”* Sin embargo, de las prohibiciones también se desprenden obligaciones; Cáceres Nieto lo expone así: *“Partiendo del hecho de que toda conducta tiene un valor opuesto equivalente a su negación, las normas que imponen obligaciones se pueden inferir a partir de la estructura de las normas prohibitivas, lo que podemos expresar de la manera siguiente: “una acción es obligatoria cuando es la negación de la acción ilícita.”*⁴⁵⁴ Tomando de base la norma prohibitiva empleada en el apartado anterior, y que fue la contenida en el artículo 2397 del Código Civil Federal que establece: *“Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”*, tenemos que: si la conducta prohibida es *“convenir de antemano la capitalización de intereses”*, la norma de obligación se infiere anteponiendo una obligación a la conducta prohibida. En la especie sería: *“No convenir de antemano la capitalización de intereses”*; por lo que, la obligación que se impone es esa.

Si bien es cierto que de las normas prohibitivas se pueden derivar obligaciones de la manera que anteriormente se explicó; también, se estima que de las normas imperativas pueden deducirse obligaciones. Tomamos como ejemplo los artículos 2288 y 2488-G de la legislación civil Federal.

Artículo 2288.- El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

Artículo 2448-G. El arrendador deberá registrar el contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Gobierno del Distrito Federal. Una vez cumplido este requisito, entregará al arrendatario una copia registrada del contrato.

Del primero de ellos derivamos la obligación que debe observar el vendedor, y que consiste en la de entregar la cosa vendida en el estado en que se encontraba ésta al momento de perfeccionarse la compraventa; y del segundo de ellos se desprende la obligación del arrendador de registrar el arrendamiento de un inmueble urbano por un lado, y por el otro, la obligación de entregar copia registrada del contrato al arrendatario.

6.5.8.1.4. Normas jurídicas (anankásticas) que imponen un tener que:

Debemos tener mucho cuidado en no confundir éste tipo de normas con las normas que imponen obligaciones o que imponen un deber; las que imponen un tener que son actividades –refiere Cáceres Nieto– *“que no son propiamente obligatorias dado que la negación de la misma no constituye un hecho ilícito pero que son*

⁴⁵⁴ *Ibidem.* p. 26

necesarias para obtener un *resultado condicionado* a la realización de esas acciones.”⁴⁵⁵ Verbigracia: el Pasaporte, licencia, protocolización de un contrato. Simplemente si no se realizan, no se logran los efectos deseados por el autor o la parte. A éste tipo de normas “*tener que*”, José Antonio Ramos refiere que están expresadas de forma anankástica.⁴⁵⁶

La estructura de éste tipo de normas es:

“a) Una acción normativa.

b) Un resultado consistente en un cambio en la situación jurídica del sujeto normativo.

c) Una relación que implica que sí y solo si es realizada la acción, entonces se obtendrá el resultado normativo.”⁴⁵⁷

6.5.8.1.5. Normas jurídicas permisivas

Son aquellas que de manera expresa facultan o confieren el derecho a realizar determinada conducta; implican una potestad para realizar lo que se permite, pero no obligan a ejecutarlo, pues es válido no realizar lo permitido. Sin embargo, no debemos perder de vista, que dado el principio de libertad de acción, en oposición al de legalidad; para los gobernados está permitido todo aquello que no esté prohibido.

Como ejemplo de normas jurídicas *permisivas* tenemos los artículos 847 y 2301 del Código Civil Federal.

El primero de ellos, artículo 847 señala que “*El propietario puede pedir que se arranquen los árboles plantados a menor distancia de su predio de la señalada en el artículo que precede, y hasta cuando sea mayor, si es evidente el daño que los árboles le causan.*”

El segundo de ellos, artículo 2301 establece: “*Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona...*”

Los anteriores preceptos encierran normas jurídicas permisivas toda vez que de manera expresa facultan a realizar las conductas en ellas prescritas; pero también para dejar de hacerlas. Por ejemplo, del primero de los numerales citados, puede resultar que un propietario cuya sombra del árbol que se encuentra plantado a menor distancia de lo permitido en la propiedad contigua de su vecino, puede pedir a éste que lo arranque; más no está obligado a hacerlo, ya que incluso, es posible que obtenga un beneficio que le brinda la sombra de ese árbol, y entonces decida no pedirlo; cabe aclarar que esa potestad no depende de algún beneficio que pueda obtenerse, es posible que aún sin ese beneficio, decida no solicitar se arranque el

⁴⁵⁵ *Ibidem.* p. 27

⁴⁵⁶ RAMOS PASCUA, José Antonio, et al, *op. cit.*, p. 1147

⁴⁵⁷ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 27 y 28

árbol. De la primera parte del segundo de los artículos aludidos tenemos también, la factibilidad que en una compraventa las partes contratantes convengan en pactar que la cosa vendida no se venda a Juan Pérez; pero no es obligatorio que se acuerde que el objeto comprado no se venda a persona determinada

Toda norma imperativa o prohibitiva, en *sentido amplio*, llevan implícita una permisión: En el caso de las *normas imperativas*, si se impone u ordena una conducta determinada, (sólo se tiene el derecho de ejecutar esa conducta, no se debe, por tanto, dejar de ejecutar, derivando por tanto, una *permisión positiva*); si en la *norma jurídica se prohíbe* determinada conducta, (sólo se tiene el derecho a dejar de realizar la conducta prohibida, no se debe por tanto, ejecutar la conducta prohibida, derivando así una *permisión negativa*); a continuación lo explicamos.

En el caso de las *normas jurídicas imperativas*, si una norma jurídica impone un deber, por ejemplo, el deber de contribuir a los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que determinan las leyes que impone la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de dicha norma, implícitamente deriva sólo la permisión de pagarlos, pero no la permisión de dejar de pagarlos, y como predomina el aspecto imperativo, se les denomina normas imperativas. De algunos ejemplos anteriormente referidos tomados del Código Civil Federal y otros que no habían sido referidos, llevados al contexto que se analiza tenemos:

El artículo 853 del Código Civil Federal prescribe: “*El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino.*” De éste artículo se deriva sólo la permisión de construir de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino; pero no la permisión de construir de modo tal que las aguas pluviales caigan sobre la propiedad del vecino. El artículo 2288 del Código Civil Federal establece: “*El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.*” De ésta disposición se puede desprender sólo la permisión de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato, pero no la permisión de entregarla en estado diferente al en que se encontraba al perfeccionarse la compraventa. El artículo 2448-G del Código Civil Federal señala: “*El arrendador deberá registrar el contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Gobierno del Distrito Federal. Una vez cumplido este requisito, entregará al arrendatario una copia registrada del contrato...*”. De éste precepto deriva sólo la permisión que tiene el arrendador de registrar el contrato de arrendamiento ante la referida autoridad y después entregarlo al arrendatario; pero no la permisión de dejar de registrarlo y entregarlo en los términos precedentes, al arrendatario. Por último, el artículo 2467 del Código Civil Federal puntualiza: “*El arrendatario está obligado a hacer las pequeñas reparaciones que exija el uso de la cosa dada en arrendamiento.*” De ésta norma, se desprende sólo la

permisión de realizar las pequeñas reparaciones derivadas del uso de la cosa, pero no la permisión de dejar de hacerlas.

En el caso de las *normas jurídicas prohibitivas*, impiden el que se ejecute determinada conducta de dar, hacer o de no hacer. Por ejemplo, la prohibición que la norma establece en los derechos de vecindad de no plantar árboles a cierta distancia, o la prohibición de no abrir huecos o ventanas que den a la propiedad del vecino, llevan implícita sólo la permisión para no hacerlo, pero no para ejecutarlo, por lo que al predominar el aspecto de prohibición, se les denomina normas jurídicas prohibitivas. Como ejemplos de éste tipo de normas citamos los que enseguida se explican:

En efecto, el artículo 845 del Código Civil Federal prescribe: *“Nadie puede construir cerca de una pared ajena, o de copropiedad, fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos; ni instalar depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos, o sin construir las obras de resguardo necesarias con sujeción a lo que prevengan los mismos reglamentos, o a falta de ellos, a lo que se determine por juicio pericial.”* El numeral citado deriva la permisión para no construir cerca de una pared ajena, o de copropiedad, cualquiera de los objetos que el mismo describe, sin guardar las distancias requeridas; pero no la permisión para construir los objetos referidos en el mismo, sin guardar esas distancias necesarias. También, el artículo 846 del Código Civil Federal nos indica: *“Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de dos metros de la línea divisoria, si la plantación se hace de árboles grandes, y de un metro, si la plantación se hace de arbustos o árboles pequeños.”* De éste precepto se deriva la permisión de plantar árboles cerca de una heredad ajena cuando se respetan las distancias señaladas; pero no para plantarlos sin guardar las distancias contenidas en dicha disposición. Por último, el artículo 851 del Código Civil Federal establece: *“No se pueden tener ventanas para asomarse, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la propiedad del vecino, prolongándose más allá del límite que separa las heredades. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay un metro de distancia.”* De la primera parte de éste artículo se obtiene la permisión para poner ventanas, balcones o voladizos que no sean para asomarse o sobre la propiedad del vecino; pero no la permisión de poner ventanas para asomarse, o balcones o voladizos sobre la propiedad del vecino.

En suma, la permisión en sentido estricto implica una potestad inferida de las normas jurídicas, para *hacer o dejar de hacer algo*; por lo tanto, la permisión se identifica con el concepto del derecho subjetivo.

6.5.8.2. Según Abelardo Torr 

Clasificación de las normas jurídicas según *Abelardo Torr *:⁴⁵⁸

1) *Por el ámbito personal de validez:*

Generales (abstractas) e
Individualizadas (particulares o concretas).

2) *Por su jerarquía:*

Fundamentales (primarias o constitucionales); y
Derivadas (secundarias, comunes, ordinarias).

3) *Por sus fuentes:*

Legisladas,
Consuetudinarias y
Jurisprudenciales.

4) *Según el sistema estatal a que pertenezcan:*

Nacionales o
Internacionales.

5) *Por el ámbito espacial de validez:*

Generales (nacionales o federales) y
Locales (provinciales o regionales).

6) *Por el ámbito temporal de validez:*

De vigencia indeterminada o
De vigencia determinada,

7) *Por el ámbito material de validez o naturaleza de su contenido:*

De derecho público o (constitucional, penal, administrativo, procesal)
De derecho privado, (civil, mercantil).

8) *Por la naturaleza de su contenido:*

Sustantivas (de fondo) o
Adjetivas (de forma o procesales),

9) *Por su forma gramatical:*

Imperativas [a) positivas b) negativas o prohibitivas]; o
No imperativas [c) permisivas, d) declarativas, interpretativas o explicativas].

⁴⁵⁸ TORR , Abelardo, *op. cit.*, p. 175-181

10) *Por su relación con la voluntad de los particulares:*

Taxativas (o de orden público) o

Dispositivas (supletorias o subsidiarias).

La ley *imperativa*, (forzosa positiva o preceptiva) si encierra el mandato de respetar cierta conducta positiva; o impone el deber de dar o hacer algo, sin que quepa la posibilidad en sentido negativo.⁴⁵⁹

6.5.8.3 Según Pinsón Caveró

Conforme a *Pinsón Caveró* la clasificación de las normas jurídicas es: ⁴⁶⁰

1) *Por el sujeto normativo o destinatario*. Normas generales o normas particulares.

2) *Por la promulgación*. Normas escritas o consuetudinarias.

3) *Por la sanción*. Normas con sanción o normas sin sanción.

4) *Por el carácter*. Normas obligatorias, prohibitivas o permisivas.

5) *Por el contenido*. Normas abstractas o normas concretas.

6.5.8.4 Según Norberto Bobbio

Norberto Bobbio nos proporciona tres criterios de clasificación de las normas jurídicas, y son los siguientes: ⁴⁶¹

1) *El nivel de generalidad y abstracción de las normas*; bajo este criterio pueden ser a su vez:

a) *Normas generales y abstractas* si se aplican a todos en general, “referidas a una pluralidad de sujetos normativos (generalidad) y que se encargan de regular diversas conductas de esos sujetos (abstracción).”⁴⁶² por ejemplo los Códigos Civil y Penal;

b) *Normas generales y concretas*; una ley que declara la movilización general se dirige a una clase de ciudadanos y al mismo tiempo prescribe una

⁴⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 216

⁴⁶⁰ PINSÓN CAVERO, José Martínez de, *Curso de Teoría del Derecho*, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Rioja, Logroño La Rioja, 2013, p. 133

⁴⁶¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Traducción castellana de Eduardo Roza Acuña, Madrid, Debate, 1992, pp. 141-150, en CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 102 y 103.

⁴⁶² *Ibidem*. p. 102

acción particular que, una vez cumplida, extingue la eficacia de la norma, o el caso de la suspensión de garantías individuales.

- c) *Normas particulares y abstractas*. “atienden a un sujeto pero sobre distintas conductas que le son inherentes”.⁴⁶³ Una norma que atribuya a determinada persona una función, por ejemplo la de juez de la Corte Constitucional, se dirige a un solo individuo y le prescribe no una acción particular, sino todas aquellas acciones que son inherentes al ejercicio del cargo.
- d) *Normas particulares y concretas*, “regulan a un sujeto sobre una conducta Específica”. Caben aquí el ejemplo del testamento, la sentencia o el convenio.

2) *El carácter afirmativo o negativo de las normas*; se refiere a las funciones deónticas de la norma, según permitan o prohíban determinadas conductas; y

3) *La naturaleza categórica o hipotética de las normas*, cuando establecen que una determinada acción o conducta que debe ser cumplida incondicionalmente, o según se establezca alguna condición.

También el mismo Bobbio propone otro enfoque de clasificación de normas basada en cuatro criterios:⁴⁶⁴

1) *El formal*. Por este criterio es por la estructura de las normas jurídicas, y según éste pueden ser; *positivas o negativas, categóricas o hipotéticas, y generales (abstractas) o individuales (concretas)*.⁴⁶⁵

2) *El material*. Por el criterio material se refiere al contenido de las normas, al de las acciones reguladas, y según éste se clasifican en *normas de acciones internas* y de *normas de acciones externas*; y *normas de acciones subjetivas* y *normas de acciones intersubjetivas*.⁴⁶⁶

3) *El del sujeto que crea la norma*. Por el criterio del sujeto que crea las normas son: *normas impuestas por el poder soberano* y las *normas individuales* creadas por los particulares.⁴⁶⁷

4) *El del sujeto al cual se destina la norma*. Según el criterio del sujeto al cual la norma está destinada; se clasifican en *normas destinadas al súbdito* y *normas destinadas al juez*. La afirmación pura y simple de que norma jurídica es la norma

⁴⁶³ *Ibidem*. p. 103

⁴⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Traducción Eduardo Rozo Acuña, Editorial Themis, Bogotá, 2007, p. 146

⁴⁶⁵ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 146

⁴⁶⁶ *Ibidem*. p. 147

⁴⁶⁷ *Ibidem*. p. 148

dirigida a los súbditos, es inconcluyente por su carácter genérico. La segunda variante es aquella según la cual las normas jurídicas son normas destinadas al juez. Juez es aquel a quien una norma del ordenamiento atribuye el poder y el deber de determinar si hay razón o culpa, y establecer, si es posible, la ejecución de una sanción.⁴⁶⁸

6.5.8.5 Según Eduardo García Máynez.

Eduardo García Máynez explica que los criterios de clasificación de las normas jurídicas son los siguientes:⁴⁶⁹

1) *Por el sistema a que pertenecen*; pueden ser nacionales o extranjeras y se han agregado las uniformes.⁴⁷⁰

2) *Por su fuente*; son leyes, normas jurisprudenciales, o reglamentos, según provengan del poder legislativo, judicial o ejecutivo.

3) *Por su ámbito espacial de validez*; pueden ser constitucionales, convencionales, federales, estatales o municipales.

4) *Por su ámbito temporal de validez*; son de vigencia determinada o de vigencia indeterminada, según se diga o no cuando dejan de tener vigencia.

5) *Por su ámbito material de validez*; pueden ser civiles, mercantiles, laborales, fiscales, constitucionales, administrativas, etcétera.

6) *Por su ámbito personal de validez*; son generales y particulares o individualizadas; y estas últimas a su vez en individualizadas públicas o individualizadas privadas.

7) *Por su jerarquía*; son superiores e inferiores y entre ellas se dan relaciones de coordinación si son del mismo nivel jerárquico, o de supra a subordinación y de sub a supraordinación si son de distinto nivel jerárquico. La teoría moderna de la jerarquía normativa es fruto del pensamiento de Adolph Merkl y de Hans Kelsen.⁴⁷¹ La tesis de Merkl de la Pirámide Jurídica parte de las relaciones de supra y

⁴⁶⁸ *Ibidem.* p. 148 y 149

⁴⁶⁹ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pp. 78-96

⁴⁷⁰ La consideración de normas jurídicas uniformes la hace Jaime Cárdenas ya que deriva del derecho uniforme así tenido por convenciones entre Estados. Vid. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 103

⁴⁷¹ Cfr. AQUILINO FERNÁNDEZ, Jesús, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1991, p.49. También así lo reconoce García Máynez, puede consultarse en GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana: exposición y crítica*, Porrúa, México, 1978, p. 144. Igualmente Vid, CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 104

subordinación que se da entre las normas de distinto rango.⁴⁷² La jerarquía normativa de Kelsen parte de la norma fundamental que está en la cúspide por ser la norma fundante de todas las demás.

La jerarquía de las normas en México suelen clasificarse, de mayor a menor jerarquía, entre:

- 1) normas constitucionales,
- 2) tratados internacionales y leyes generales expedidas por el Congreso,
- 3) leyes federales, estatales y del Distrito Federal, y
- 4) normas municipales.⁴⁷³

8) **Por su sanción**; pueden ser: perfectas, más que perfectas, menos que perfectas e imperfectas).

- a) Las normas jurídicas *perfectae*; son aquellas cuya consecuencia jurídica que deriva de su infracción (sanción) es la inexistencia o nulidad de los actos violatorios; impidiendo que el infractor vulnere la norma.
- b) Las normas jurídicas *plus quam perfectae*; son aquellas que implicarían en caso de violación además de privar los efectos del acto transgresor de la norma a través de la inexistencia o nulidad del acto, habría adicionalmente un castigo corporal, y/o multa, y/o indemnización (una reparación pecuniaria).
- c) Las normas jurídicas *minus quam perfectae*; son las que no anulan el acto violatorio de la norma, su violación no conlleva que el acto deje de producir sus efectos jurídicos, no obstante, el responsable es merecedor de otro tipo de sanciones, como pudiera ser la multa.
- d) Las normas jurídicas *imperfectae*; son aquéllas que están desprovistas de sanción.⁴⁷⁴

9) **Por su cualidad**; son positivas o permisivas y negativas o prohibitivas. Las obligatorias se estima que son positivas. Complementando ésta idea, conforme a Alessandri una *norma permisiva* lo es cuando permite, concede o autoriza “hacer” o “no hacer”, implican una acción o abstención autorizadas.⁴⁷⁵ Una *norma jurídica prohibitiva o forzosa negativa* si prescriben un comportamiento de omisión, una abstención absoluta, y por tanto, no puede ser sustituido por comportamientos positivos.⁴⁷⁶

⁴⁷² “Luego, en todo orden jurídico sus normas se producen en relación de *supra* y subordinación. Las más generales son de superior jerarquía con relación a las menos generales. Esto condujo a Adolph Merkl a la formulación de su tesis de la Pirámide jurídica.” VALLADO BERRÓN, Fausto E., *Teoría general del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972, p. 137

⁴⁷³ “Esta clasificación proviene de la interpretación que el miércoles 13 de febrero de 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó al artículo 133 de la Constitución que consagra el principio de supremacía constitucional.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 105

⁴⁷⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 105

⁴⁷⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, op. cit., p. 217

⁴⁷⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 216

10) *Por sus relaciones de complementación*; según tengan o no sentido pleno por sí mismos, pueden ser normas primarias o secundarias. A estas últimas pertenecen las de iniciación, duración y extinción de vigencia de una norma, las declarativas, explicativas, definitorias, interpretativas y puramente sancionadoras.

11) *Por sus relaciones con la voluntad de los particulares*, pueden ser taxativas y dispositivas, según puedan o no ser renunciadas.

6.5.8.6 Significado de las normas: Generales, individualizadas, primarias y secundarias.

Se advierte que la doctrina ha dado diversos significados a las normas generales y a las normas individualizadas, y también al de las normas primarias y secundarias; según el autor que las emplea, es la significación que se da a las mismas.

6.5.8.7 Normas generales e individualizadas según Legaz y Lacambra, Bobbio, García Máynez, y Abelardo Torr .

Abelardo Torr  nos explica que las normas individualizadas, a las que también denomina “individuales” o “concretas”, cuando sus destinatarias son personas determinadas de manera individual; por ejemplo, el contrato, el testamento, una sentencia, un laudo, etc.⁴⁷⁷ En cuanto a la concepción de la norma individualizada no tenemos problema en admitirlo, pues así es; en cuanto a las denominaciones diversas, “individualizadas”, “individuales” o incluso “particulares”, pueden tenerse como sinónimos; empero, no creemos que individual y concreto deban tenerse como sinónimos, pues con anterioridad expusimos que Norberto Bobbio propone, a lo que él denomina “*normas particulares y abstractas*”, y “*normas particulares y concretas*”. En cuanto al primer ejemplo que propone de las mismas, no lo consideramos apropiado ya que la ley siempre es general, si no tuviera ese atributo, sería otra cosa pero no una ley.

Por otro lado, debemos tener mucho cuidado en casos especiales que pueden parecer confusos; no es individualizada una norma jurídica por el hecho de que regule la situación de una sola persona, tal y como el caso de las normas que se refieren a una persona individualmente determinada, pero en relación a una función pública, estamos ante casos de normas generales, por ejemplo las normas que regulan las funciones del Presidente de la República, son auténticas normas jurídicas generales, transindividuales, porque como sostiene Luis Legaz y Lacambra, las normas que son reguladoras de situaciones de una persona fungible, porque es titular

⁴⁷⁷ TORR , Abelardo, *op. cit.*, p. 176

de una función pública, vgr. Presidente de la República, no son individualizadas, pues se refieren a casos genéricos y transindividuales.⁴⁷⁸

Cuando Eduardo García Máynez se refiere al ámbito personal de validez considera dos posibilidades de normas: las genéricas y las individualizadas. Son **genéricas** si se aplican (*facultando u obligando*) a todos los que se sitúan dentro de una categoría de sujetos, vgr., *trabajadores, comerciantes*; son **individualizadas** si se aplican (*facultando u obligando*) a personas determinadas individualmente.⁴⁷⁹

Bajo el concepto anterior, una norma es general cuando se aplica a un “todos”, “los que”, y que además se ubiquen en el supuesto previsto por una norma. Una norma individualizada sólo obliga a uno o varios miembros pero “individualmente determinados”, se refiere por ejemplo a Juan Pérez, a Banco Nacional de México, S.A., a los herederos de la sucesión de Federico Sánchez, por ejemplo, ya que están determinados individualmente. Estas últimas a su vez se clasifican en individualizadas públicas o individualizadas privadas, según deriven de la voluntad de las autoridades Estado o de los particulares, en cuanto que aplican ciertas normas genéricas.⁴⁸⁰

De manera similar Norberto Bobbio en su clasificación por el criterio del *sujeto que crea las normas* son: *normas impuestas por el poder soberano* y las *normas individuales* creadas por los particulares. Sin embargo, para Máynez, las normas individuales no sólo son las creadas por los particulares, una sentencia es una norma individual y no proviene de un particular.

El propio Bobbio, cuando expone el criterio formal que según su concepción se refiere a la estructura de las normas jurídicas; y conforme a éste, entre otros, las normas jurídicas pueden ser *generales (abstractas) o individuales (concretas)*, lo que en principio pareciera ser que se invita a asimilar la generalidad con la abstracción, y la individualidad con la concreción; mas sin embargo no es así, ya que cuando Bobbio se refiere al nivel de generalidad y abstracción de las normas, considera cuatro posibilidades que resultan de la combinación de lo anterior, es decir: la primer combinación es la de generales y abstractas; la segunda es de generales y concretas; la tercera de particulares y abstractas; y la cuarta de particulares y concretas. Por nuestra parte, lo único en lo que no comulgamos es con la exposición que describe que *una norma particular y abstracta* pueda constituirlo *una ley*, que es el ejemplo que se ha propuesto, ya que toda ley tiene como característica esencial la generalidad.

⁴⁷⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 220

⁴⁷⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 82

⁴⁸⁰ *Ibidem*. p. 83

6.5.8.8 Normas primarias y secundarias en Kelsen, Hart, Prieto Sanchís, Abelardo Torr  y Alfredo Rocco.

Conforme a Kelsen, las normas completas son aquellas que contienen la hipótesis normativa, la imputación o el deber ser, y la consecuencia normativa que sería atribuible; sin embargo si lo anterior no lo contiene una sola norma, estamos ante una norma jurídica incompleta y necesita complementarse con otra; por ello deriva la distinc n entre Normas primarias y normas secundarias. Para Kelsen, las normas genuinas son las primarias y son las que establecen la sanc n consecuencia que se debe atribuir; las normas secundarias son complementarias son las que definen los comportamientos ilícitos o prohibidos.

Ahora bien, hay quienes consideran que es al contrario de lo que Kelsen expone, que las primarias son las que consagran preceptos, que determinan comportamientos que tienen que realizarse o no (normas de comportamiento); las secundarias son las que establecen la sanc n si las primarias no son cumplidas, por eso son normas de segundo grado.⁴⁸¹ En ésta misma dirección se afirma que son normas primarias "aquellas que establecen qué debe hacerse y qué no debe hacerse; mientras que las normas secundarias son las que señalan las sanciones a aplicar cuando la primaria se ha incumplido o quebrantado [...]" otra acepción normas primarias son "aquellas que van dirigidas a los ciudadanos; mientras que las secundarias -en cuanto que tratan de la sanc n- van dirigidas a jueces y operadores del Derecho".⁴⁸²

Hart se refiere a las reglas primarias y secundarias, a las que identificaremos como normas primarias y secundarias con una significación diferente. *Las normas primarias* llamadas de obligación, otorgan deberes, prescriben conductas, "son órdenes o mandatos de carácter general respaldados por una amenaza de sanc n producidos por un soberano o autoridad legítima y habitualmente obedecidos por unos súbditos o destinatarios."⁴⁸³ Explica Borello que las primarias, son normas que prescriben a los individuos realizar ciertos actos y obligaciones, y agrega que tienen "fuerza Compulsiva"; "no sólo se dirigen a los funcionarios, ordenándoles la aplicación de las sanciones, sino que también se dirigen a los súbditos señalándoles las conductas deseables."⁴⁸⁴ Las normas secundarias no otorgan deberes, sólo potestades, "especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible."⁴⁸⁵ Por

⁴⁸¹ PINSÓN CAVERO, José Martínez de, *op. cit.*, p. 133

⁴⁸² DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, *Notas de Teoría del Derecho*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castell  de la Plana, 1997, p. 151 y 152

⁴⁸³ H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 118 y 119.

⁴⁸⁴ BORELLO, Raúl, "Teoría General de la Norma jurídica," *Teoría Jurídica*, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencia P ltica y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Rosario, 1994, p. 7

⁴⁸⁵ H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 118

ende, son reglas que se refieren a las primarias; a los órganos que las crean y a los que las aplican, son las que dan certeza, estabilidad y organización de la fuerza de las reglas primarias. En suma podemos decir que las primarias son el “El qué” y las secundarias “El cómo”. Raúl Borello explica que éstas son las reglas que atribuyen poderes a los funcionarios y a los particulares para crear ellos mismos las normas primarias de donde surgirán los derechos y obligaciones.⁴⁸⁶ Un ejemplo de este tipo de normas es el segundo párrafo del art. 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que faculta de manera extraordinaria al ejecutivo para legislar en materia de comercio exterior.

Para Luis Prieto Sanchís, el concepto de normas primarias y secundarias parece basarse en el de Hart; sin embargo, le da un matiz y alcance muy especial; el criterio está basado en el *sujeto a quien se dirigen las normas*. Para este autor “normas primarias o dirigidas a los ciudadanos, y de normas secundarias o dirigidas a los órganos jurídicos que producen y aplican las anteriores, es decir, que para que un sistema normativo y coactivo sea un sistema jurídico no sólo ha de regular la conducta de las gentes mediante el posible uso de la fuerza, sino que ha de contar también con normas secundarias, cuyo objeto es precisamente la creación y aplicación de las normas primarias.”⁴⁸⁷ Las primarias son las más importantes porque se dirigen a la población para lograr el orden y la paz y se permite racionalmente el uso de la fuerza para lograrlo; las secundarias en cambio, se dirigen a los creadores y aplicadores de las primarias, se llaman secundarias porque ayudan a la consecución de las primarias. La diferencia que advertimos para con las primarias de Hart, es que para éste último, las primarias son mandatos no son sólo para los ciudadanos, sino también dirigidos a las autoridades.

Abelardo Torr  también tiene una concepción diversa a las anteriores; veíamos que en la clasificación que de las normas jurídicas hace, identifica a las normas primarias con las normas fundamentales; para él son primarias las normas establecidas en la constitución; y por ende las que parten de las primarias son normas secundarias u ordinarias ya que derivan de ellas. Por último, Alfredo Rocco considera que las normas procesales son normas secundarias o normas-medio⁴⁸⁸ para lograr la aplicación del derecho sustantivo que en éste sentido, son las primarias.

6.5.8.9 Otros criterios de clasificación.

Aunque las mencionamos con antelación, Abelardo Torr  cuando se refiere a la naturaleza del contenido de las normas las clasifica en sustantivas y adjetivas; criterio

⁴⁸⁶ BORELLO, Raúl, *op. cit.*, p. 7

⁴⁸⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, p. 15

⁴⁸⁸ ROCCO, Alfredo, *La interpretación de las leyes procesales*, Traducción de Rafael Greco, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005, p. 32

que no es considerado por los otros autores expuestos, por ello consideramos importante desarrollarlas.

6.5.8.9.1 Normas sustantivas o de fondo

Las normas sustantivas o de fondo, son aquellas que establecen instituciones jurídicas, los derechos y obligaciones, mandatos, permisiones o prohibiciones, todos ellos en correspondencia a las personas sean físicas o morales, así como las consecuencias atribuibles en caso de desacato.

6.5.8.9.2 Normas jurídicas adjetivas,

Las normas jurídicas adjetivas, llamadas también de forma o procesales, son las que regulan los pasos y procedimientos que deben seguirse cuando el justiciable acude a un órgano jurisdiccional u operador jurídico no jurisdiccional que la ley previene, para lograr el cumplimiento efectivo de las normas sustantivas, o bien, que se ejecuten consecuencias que sean atribuibles por el incumplimiento de las mismas.

6.5.8.9.3 Las normas constitutivas y las normas regulativas.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero proponen otra categoría distinta a las mencionadas: las *“normas constitutivas”* y las *“normas regulativas”*.

Como antecedente diremos que las proposiciones en el mundo natural o del ser, y en el mundo institucional jurídico “del deber ser”, en el sentido que proponen Atienza y Ruiz Manero, tienen cierta semejanza: *“las normas constitutivas como el análogo, en el mundo institucional, de lo que son las proposiciones anankásticas respecto del mundo natural”*.⁴⁸⁹ Así, una proposición no jurídica meramente anankástica *“es un enunciado que afirma que algo es condición de un determinado resultado o cambio natural, de ellas obtenemos reglas técnico-naturales: si se quiere que el agua hierva, hay que calentarla hasta 100 grados centígrados.”*⁴⁹⁰ Ya en el terreno jurídico afirma Atienza *“las reglas que confieren poderes son reglas anankástico-constitutivas porque ellas constituyen determinados estados de cosas y acciones como condición de la producción de un determinado resultado institucional o cambio normativo”*.⁴⁹¹ El matrimonio es un ejemplo.

a) Normas constitutivas; “las normas constitutivas señalan que, si se dan ciertas circunstancias (ciertos hechos o actos), entonces se producen ciertos resultados

⁴⁸⁹ ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez”, *Doxa*, No. 26, pp. 719-735, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 2003, p. 24

⁴⁹⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *100 Preguntas sobre conceptos básicos del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1996, p. 21

⁴⁹¹ *Idem*.

jurídicos (por ejemplo, la creación de una norma jurídica, o el matrimonio).⁴⁹² Son normas que regulan hechos institucionales;⁴⁹³ son las normas que establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales y presentan una estructura condicional,⁴⁹⁴ por la que se constituyen determinados estados de cosas.

b) Normas regulativas; “establecen que, si se dan determinadas circunstancias (*supuestos de hecho*), entonces alguien *puede, debe o no debe* realizar cierto tipo de acción (*consecuencia jurídica*);⁴⁹⁵ regulan hechos materiales, es decir, son las que estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos.⁴⁹⁶

6.5.9 Relaciones entre la norma jurídica y la ley.

Como consideración previa, antes de definir la ley, es necesario determinar la relación entre ley y derecho; y después existente entre ley y norma jurídica.

En relación a la primera de ellas, la ley como especie de prescripción jurídica tenemos que: las prescripciones jurídicas conforman el orden jurídico de un Estado determinado; el derecho de un Estado se conforma por la totalidad de las prescripciones jurídicas en las cuales la ley, aunque cobra un papel muy importante, tan sólo es una especie; en éste rumbo, C.H. Beck, citado por Carla Huerta, nos explica que objetivamente el derecho comprende todas sus prescripciones. Las leyes son sólo algunas de esas prescripciones cuyos rasgos son la generalidad y abstracción.⁴⁹⁷ Por ello es que junto a las leyes tenemos también otros preceptos como los Reglamentos, los Tratados, los Acuerdos, las Circulares, los Decretos, que también son prescripciones (normas jurídicas).

Pasando ahora, a la definición de ley, tenemos una acepción general de la misma conforme a la Real Academia Española. “*regla y norma constante e invariable de las cosas, nacida de la causa primera o de las cualidades y condiciones de las mismas*”,⁴⁹⁸ ésta acepción no es apropiada para la ciencia jurídica, más bien para otras ciencias, sobre todo las llamadas exactas, como las matemáticas, la física, la química, la biología, por ejemplo; por lo que se advierte que la palabra “ley” no es de uso exclusivo del

⁴⁹² ATIENZA, Manuel, prologando la obra de Aguiló en, AGUILÓ REGLÁ, Joseph, *Teoría General de las fuentes del derecho: (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 7

⁴⁹³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Ilícitud, culpa y estado de necesidad*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 134

⁴⁹⁴ ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez”, *op. cit.*, p. 721

⁴⁹⁵ ATIENZA, Manuel, prologando la obra de Aguiló en, AGUILÓ REGLÁ, Joseph, *Teoría General de las fuentes del derecho ... op. cit.*, p. 6 y 7

⁴⁹⁶ ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, “Seis acotaciones preliminares ...”, *op. cit.*, p. 721

⁴⁹⁷ Cfr. C.H. Beck, *Creifelds Rechtswörterbuch*, 10ª. Ed., Munich, 1990, pp. 462 y 907. En HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 8

⁴⁹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo. II, *op. cit.*, p. 1371

derecho, ni de los juristas. Otero Parga nos lo señala así: “la palabra ley no es patrimonio exclusivo de los juristas ya que puede ser utilizada para referirse a muchas realidades que nada tienen que ver con el ámbito jurídico.”⁴⁹⁹ Existen en efecto, otras disciplinas que recurren al empleo de la palabra ley; así tenemos verbigracia, las *Leyes de Mendel*,⁵⁰⁰ *Ley de la Gravitación Universal de Newton*,⁵⁰¹ *Leyes de la Termodinámica*,⁵⁰² *Leyes de los gases*,⁵⁰³ *Ley de la oferta y la demanda*,⁵⁰⁴ *Leyes de los exponentes*,⁵⁰⁵ *Leyes de los signos*,⁵⁰⁶ entre otras; sin perder de vista que mediante la investigación científica, a través de la comprobación de las hipótesis científicas, se construyen leyes, modelos teóricos y teorías.⁵⁰⁷

Con otras acepciones que admite la palabra “ley”, conforme a la Real Academia Española tenemos: “Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.” “Cada una de las disposiciones comprendidas, como última división, en los títulos y libros de los códigos antiguos, equivalentes a los artículos de los actuales.”⁵⁰⁸ Significados éstos que son relativos al campo del derecho. Estimamos que el primero es el más apropiado para nuestro estudio, ya que el segundo de ellos alude a lo que son los “artículos”, y no todos los artículos prescriben, hay algunos que sólo describen o definen.

En base a los planteamientos previos podemos definir a la *ley como una prescripción dictado por la autoridad competente (Poder legislativo), y que tiene como característica el ser general, abstracta, obligatoria, impersonal y permanente, basada en la consecución de la justicia y el bien común.*

Del anterior concepto, en relación a la segunda de las precisiones antes mencionadas, y que consiste en determinar la relación existente entre la norma jurídica y la ley, se puede situar a la ley como una especie de la norma jurídica, toda vez que se observa que la norma jurídica es de mayor extensión que la ley; no todas las prescripciones normativas son leyes (el reglamento y el testamento son ejemplo de

⁴⁹⁹ OTERO PARGA, Milagros, “Un tipo de ley. La norma jurídica”, *op. cit.*, p. 208

⁵⁰⁰ Vid. ALJANATI, David, et Al., *Biología III. Los Códigos de la vida*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2009, p. 121

⁵⁰¹ Vid. JAMES HOLTON, Gerald, *Introducción a los conceptos y teorías de las ciencias físicas*, Editorial Reverté, S.A. Trad. Dr. J. Aguilar Peris, Barcelona, 1987, p. 209

⁵⁰² Vid. Trata de las leyes de la termodinámica en el capítulo 3. Alusivo a los principios de la termodinámica, VOET, Donald, *Bioquímica*, Trad. Silvia Rondinone, Diana Klajn y M.V. Preciado, Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2006, p. 55

⁵⁰³ Vid. WILLIAM ATKINS, Peter, y JONES, Loretta, *Principios de química: los caminos del descubierto*, Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2006, p. 55

⁵⁰⁴ Vid. PARKIN, Michael, *Microeconomía: versión para latinoamérica*, Trad. ESQUIVEL, Gerardo, Pearson Educación, México, 2006, p. 80

⁵⁰⁵ KLEIN REES, Paul, y W.SPARKS, Fred, *Algebra*, Trad. José Emilio Amores, Reverté Ediciones, México, 1998, p. 112

⁵⁰⁶ Vid. Ley de los signos, referida en la Unidad 2, de Polinomios de una variable, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José de Jesús, y otros, *Matemáticas I*, Editorial Umbral, Zapopan, 2005, p. 52

⁵⁰⁷ FOUREZ, Gérard, *La Construcción del conocimiento científico: filosofía y ética de la ciencia*, Narcea Ediciones, Madrid, 2006, p. 45

⁵⁰⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo. II, *op. cit.*, p. 1371

ello), de lo que se colige que entre ellas hay una relación donde, la norma jurídica es el género, y la ley es la especie; sobre todo con las características de **generalidad y abstracción** que son esenciales para la delimitación del concepto de ley; si se carece de ellas no estaremos ante una ley; la otra característica necesaria que determina a la ley, es que se trata de un acto **formalmente legislativo**; es decir, que es un acto que proviene del poder legislativo, el creador de la misma es el legislador, pues tenemos también otras disposiciones generales y abstractas formalmente administrativas, como los reglamentos que provienen del poder ejecutivo o formalmente jurisdiccionales como la jurisprudencia.

A todo lo anterior, cabe aclarar que no todos los preceptos o disposiciones son prescripciones. Hay quienes admiten que se trata de normas jurídicas; otros en cambio, no le atribuyen el significado de normas jurídicas, inclusive expresan que no merecen ser llamadas normas jurídicas, son simplemente preceptos o disposiciones jurídicas no normativas.⁵⁰⁹

6.5.9 Por la pertenencia a un sistema jurídico determinado

Hay quienes estiman que si los preceptos forman parte del sistema jurídico son normas jurídicas; con independencia de su contenido prescriptivo o no, son normas jurídicas si son preceptos o disposiciones jurídicas. Luis Prieto Sanchís considera “sencillamente que una norma será jurídica cuando pertenezca o forme parte de un sistema jurídico.”⁵¹⁰ Jaime Cárdenas estima que no todas las normas jurídicas son de la misma naturaleza,⁵¹¹ empero en su descripción admite que se trata de normas jurídicas, aunque lo ideal es que sean prescriptivas (que prohíban, permitan u obliguen), pues algunas de ellas son meramente definiciones, no todas son deónticas, y algunas son de tipo valorativo, sin embargo, no les deja de reconocer como normas jurídicas.

6.5.9.1 Disposiciones jurídicas completas

Las disposiciones jurídicas completas, son las que establecen un supuesto jurídico y su respectiva consecuencia, ellas merecen el calificativo de **normas jurídicas**, y según lo expresa Manuel Albadalejo “son aquellas que en sí contienen una

⁵⁰⁹ Vid. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, op. cit., p. 25. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 109. ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., op. cit., p. 13. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, “Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca – México”, *Constituciones, Derecho Y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 185

⁵¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 14y 15

⁵¹¹ “las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas (las definiciones), no todas son deónticas (es decir, obligan, prohíben o permiten), ni todas son reglas, no todas tienen que ver con la acción, y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 112

norma."⁵¹² Lo anterior significa que, respecto de las "normas" jurídicas completas se considera esa plenitud en función del *mandato, la prohibición o la permisón* que conforman el antecedente o supuesto jurídico, y además, su respectivo consecuente que equivaldría a la sanción atribuible considerada en la misma. No bastaría la enunciación del mero *supuesto o antecedente* constituido por la proposición jurídica que describe la *conducta que está ordenada, prohibida o permitida*, si además no se contiene *la consecuencia jurídica que correspondería para el caso de inobservancia* al antecedente; esto es, si de la norma no se deriva la posibilidad de imponerlo coactivamente. En ésta dirección Karl Larenz estima que la norma jurídica completa "es la que comprende o incluye en último término, a la sanción. La consecuencia jurídica reside en el campo de lo normativo; la relación entre supuesto y consecuencia es una orden de validez, el creador de la norma no expresa "así está hecho, sino que dispone: así debe ser por derecho"."⁵¹³ Robusteciendo lo anterior Delgado Echeverría expone: "La condición de mandato de toda regla de Derecho sólo puede afirmar de la proposición jurídica completa, es decir, de la que contiene el supuesto antecedente y la consecuencia jurídica."⁵¹⁴

6.5.9.2 *Proposiciones jurídicas incompletas*

En sentido estricto no son normas jurídicas, son meras disposiciones jurídicas no normativas. La proposición jurídica incompleta es -para Karl Larenz- aquella que no contiene a la sanción.⁵¹⁵ Sin embargo es de resaltar que algunos juristas, -entre ellos Francisco López Bárcenas o el caso de Jesús Delgado Echeverría-, no le denominan *norma jurídica*, sino que en sustitución, éste último utiliza el término de *proposición jurídica incompleta*, y sobre ello subraya que "la proposición jurídica incompleta, como podría ser una definición, ha de integrarse con otra u otras para componer un mandato."⁵¹⁶ Entre las proposiciones jurídicas incompletas tenemos a guisa de ejemplo, a las definiciones, disposiciones derogatorias y reglas existenciales, que aparecen como disposiciones jurídicas que propiamente no son normas.⁵¹⁷ Pues requieren ser complementadas con otras disposiciones que contengan la consecuencia jurídica para poder serlo.

⁵¹² "Denominando disposiciones jurídicas completas a aquellas que en sí contienen una norma, las otros pueden calificarse de incompletas." ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, op. cit., p. 24

⁵¹³ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 242 a 245.

⁵¹⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, et. al., *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, op. cit., p. 108

⁵¹⁵ LARENZ, Karl, op. cit., págs. 242 a 245.

⁵¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, et. al. *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, op. cit., p. 108

⁵¹⁷ "Junto a ellas (a las normas jurídicas) podemos encontrar disposiciones jurídicas no normativas como definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales, ónticos, etcétera." LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, op. cit., p. 185.

6.5.9.3 Prescripciones que son preceptos no normativos

Las llamadas normas jurídicas imperfectas son prescripciones no normativas; así, todas las prescripciones que no sean susceptibles de imponerse coactivamente, no son propiamente normas, simplemente son preceptos jurídicos. En el derecho no todos los preceptos norman; algunos preceptos carecen de sanción y otros más son considerados metanormas,⁵¹⁸ pues contienen principios o encierran valores, que son considerados más que meras normas jurídicas, pues los valores y principios constitucionales conforman una categoría especial y del más alto rango.

De Silva Gutiérrez expone que “el derecho se conforma por normas jurídicas; pero admitiendo el que no todos los preceptos norman y por ende alguno se traduzcan en principios, valores o reglas,...”⁵¹⁹ En éste sentido, Manuel Albadalejo hace referencia a los preceptos o textos no normativos “*si no tienen (por sí solos ni en relación con otras disposiciones) ningún mandato o prohibición de carácter general y susceptible de ser impuesto coactivamente, no son normas jurídicas.*”⁵²⁰ En suma, si prescriben a través de mandatos, prohibiciones y permisiones y no sancionan la inobservancia; o bien, si no prescriben y tampoco sancionan, no son propiamente normas jurídicas.

Lo mismo se puede decir de las leyes, aquellas que no norman tampoco pueden ser en sentido estricto leyes;⁵²¹ una prescripción jurídica que está contenida en la ley, pero al mismo tiempo carece de sanción, entonces impide el cumplimiento coactivo de la misma; por lo tanto, no merece el calificativo de norma jurídica, y, como la ley es una especie de norma jurídica, la conclusión que se deriva es que no puede ser propiamente una ley, al carecer de sanción, que es la característica esencial que la distingue de otras normas. En conclusión, las disposiciones jurídicas serán incompletas o fraccionadas –como lo denomina Albadalejo–, si no contienen un mandato o prohibición, completos, “*y que, por tanto, por sí solos, no sirven –como hace servir la norma– para ordenar la convivencia de la sociedad.*”⁵²²

6.6. Los valores, los principios y las reglas

En el tradicional Estado de Derecho, se concibe el derecho a partir de las leyes, de las normas jurídicas, sin embargo, no todos los preceptos son normas jurídicas “*El derecho se conforma por normas jurídicas; pero admitiendo el que no todos los preceptos*

⁵¹⁸ FREIXES, Teresa, y REMOTTI, José Carlos, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 35, 1992, pp. 97-110, Madrid, 1992, p. 101

⁵¹⁹ DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 129

⁵²⁰ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, *op. cit.*, p. 25

⁵²¹ pero también encontramos en ese conjunto de leyes y decisiones judiciales muchos enunciados que no son normativos ni prescriptivos en sentido estricto. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, *op. cit.*, p. 106

⁵²² ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, *op. cit.*, p. 24

normen y por ende alguno se traduzcan en principios, valores (más que normas), o reglas".⁵²³ En el actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el derecho no se concibe a partir de las leyes (reglas), sino de manera primaria se entiende en función de la constitución de la cual se derivan los principios y los valores constitucionales, que se encuentran situados por encima de las reglas; en éste, se estima que *los valores se concretan en principios, y estos en normas o reglas*. Zagrebelsky afirma que: "sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico, Las reglas aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial."⁵²⁴ En otra obra, el mismo autor señala: "el derecho constitucional está compuesto por principios, no por reglas. [...] Las reglas se entienden como normas prescriptivas que atribuyen una consecuencia a la verificación de un supuesto, y los segundos son normas que carecen de supuesto predeterminado."⁵²⁵ Las normas creadas por el legislativo ordinario son propiamente reglas. Inspirada en Ronald Dworkin, Lourdes Santos explica que los principios son "derechos genuinos provistos de contenido moral y político, que pueden derrotar a las reglas (positivistas)."⁵²⁶

La concepción de categorías distintas a las normas jurídicas o reglas, ha valido para diferenciar el otrora llamado "Estado de Derecho", entre dos modelos de Estado que Ferrajoli ha denominado: *Estado legalista* o sencillamente *Estado de Derecho*, y el *Estado Constitucional de Derecho*.⁵²⁷ En ésta nueva dinámica del derecho, se ha empleado la palabra "regla" para identificarla con lo que el positivismo propuso y denominó "norma", y se admite que por encima de ellas (reglas o normas) están los principios y los valores (estándares o directrices no normas).

Ronald Dworkin propone un ataque general contra el positivismo, contradice las versiones de John Austin y fundamentalmente la de H.L.A. Hart; su concepción, Dworkin parte del concepto de "obligación" y "derecho", conceptos que el iuspositivismo ha hecho *derivar exclusivamente de las normas jurídicas*, y además, no pocas veces, *sin llegar cuestionar la validez material de las mismas*; el iuspositivismo rinde un exagerado culto a la ley como especie, y a las normas jurídicas en general; su estrategia la basa en *los casos difíciles*; en ellos señala que los juristas echan mano de

⁵²³ ... "en cualquier caso los presupuestos relativos a la validez de las normas jurídicas son aplicables a toda disposición de derecho." DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 129

⁵²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Ley, Derechos, Justicia, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 110

⁵²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional?*, FUNDAP, Querétaro, 2004, pp. 172-173, en VARGAS MORGADO, Jorge, "Hacia una jurisprudencia humanista", *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 259-268, México, 2008, p. 263

⁵²⁶ SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, "Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho", en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 667-672, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 670

⁵²⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" (Trad. Pilar Allegue), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 96.

estándares que no funcionan como normas; sino como principios o directrices políticas. “El derecho positivo es un modelo de y para un sistema de normas, su única fuente es la legislativa, lo que nos obliga a pasar por alto otros estándares que no son normas.”⁵²⁸ Dworkin considera que además de las normas, existen también otras dimensiones –o estándares, como el los llama–, situadas fuera del terreno de las normas jurídicas, que son de fundamental importancia para poder resolver una problemática jurídica; refiriéndose a los principios y directrices políticas; éste jurista nos revela que los juristas “normalistas” (*nosotros diríamos legalistas*) exhortan a solucionar asuntos ignorándolos meramente; ya que a juicio de ellos, los abogados han mantenido las nociones de “*derecho*” y “*obligación*”, como producto de una nefasta combinación de razones concientes y subconcientes; estiman que *cuando se tiene una obligación jurídica* es porque su asunto se comprende en *una norma válida* que impone o prohíbe algo; si faltara tal norma válida *no existiría la obligación jurídica*; entonces, si el juez resuelve la controversia discrecionalmente, consideran que no está aplicando “*un derecho jurídico*” (legalista);⁵²⁹ pero se olvidan que también están en juego los principios. En efecto, los principios también conforman al derecho y están por encima de las normas; de tal suerte que aquellas normas aunque formalmente válidas por haber sido creadas por a través de los procesos de creación de normas jurídicas y por las entidades competentes para ello, pueden ser materialmente inválidas si contravienen a aquellos principios fundamentales, lo que resulta ser un argumento válido del que puede recurrir el juzgador al momento de dictar su fallo.

En suma, Ronald Dworkin revela que el derecho no está conformado por solo reglas o normas jurídicas, sino también se constituye con principios y expresa “*el derecho incluye tanto principios como normas*”,⁵³⁰ de lo que advertimos que (reglas y principios) los expone y explica como categorías jurídicas distintas. Jaime Cárdenas Gracia clarifica lo anterior y explica que, para Dworkin, el derecho no puede tenerse exclusivamente como un conjunto de reglas o normas jurídicas en el sentido tradicional de Kelsen o Hart, sino también de principios.⁵³¹ Otero Parga considera a la norma jurídica meramente como una forma de expresión del derecho, pero sostiene que “*El derecho entraña dentro de sí una riqueza mayor, que exige del ser humano una actitud de búsqueda y de crítica permanente. De modo tal que la reducción del Derecho a la ley y aún peor, a la ley positiva, resulta estrecha, incompleta e históricamente indefendible.*”⁵³² Si la norma jurídica es solo una forma de expresión del derecho, se infiere que existen otras formas que no son necesariamente las normas jurídicas; y esto resulta claro, pues no podemos concentrar la totalidad del derecho en las leyes positivas; el derecho es mucho más que esto. Aquí es donde cobran importancia los principios y valores.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72

⁵²⁹ *Ibidem.* p. 63 y 66

⁵³⁰ *Ibidem.* p. 81

⁵³¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 110

⁵³² OTERO PARGA, Milagros, “Un tipo de ley. La norma jurídica”, op. cit., p. 209

Las tendencias actuales del derecho constitucional en el neoconstitucionalismo latinoamericano, también confirman ésta realidad. El estudio interpretativo de la constitución y su ordenamiento, nos llevan a una interpretación constitucional, por la que “se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta.”⁵³³

Varios jusfilósofos se han pronunciado por establecer el esquema de reglas, principios y valores, estableciendo claras diferencias entre ellos. Por ello, resultará de fundamental importancia distinguir entre reglas, principios y valores jurídicos.⁵³⁴ Bajo el esquema neoconstitucionalista se tiende a equiparar a las normas con las reglas.⁵³⁵

En relación a los valores, principios y reglas, Monroy Cabra quizás inspirado en Ronald Dworkin, los categoriza como estándares jurídicos y sobre ellos afirma que “o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”⁵³⁶ Lo antes señalado corresponde a lo que Dworkin señala como principios en sentido genérico.⁵³⁷

Dworkin estima también que los principios y los valores están contenidos en las constituciones, y las reglas en la legislación secundaria.⁵³⁸

6.6.1 Los Principios.

Desde el positivismo jurídico se ha hecho alusión a los principios, pero concebidos como enunciados de segundo orden, y por ende, con un alcance diverso al que se le atribuye en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. El caso de nuestro Estado mexicano es un claro ejemplo, pues existe todavía una raigambre muy fuerte al positivismo legalista. “Equivocadamente en el pasado, el sistema jurídico nacional y sus usuarios, consideraron a los principios como enunciados secundarios, más ligados a cuestiones morales que a normas jurídicas. Se señalaba simplemente en la clase de Introducción al Derecho y en la de Derecho Civil, que existían algo así como *los principios generales del derecho*, pero que eran *normas secundarias*, por lo cual, se los excluía al momento de solucionar los casos concretos”; sin embargo, “el

⁵³³ PARRRA ARANGUREN, Fernando, *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 355

⁵³⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 95

⁵³⁵ “De forma genérica se puede afirmar que los valores y principios son cláusulas generales mientras que las reglas son disposiciones específicas en las que se determinan únicamente supuestos de hecho y sus particulares consecuencias jurídicas.” OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, Publicación Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 23

⁵³⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, p. 88

⁵³⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72

⁵³⁸ *Ibidem*. p. 80

poder y la importancia de los principios es hoy tan extendida, que la comprensión y aplicación tanto del derecho interno como del derecho internacional, está actualmente mediada por la existencia de principios aceptados por la comunidad internacional.⁵³⁹

En el tratamiento de los principios, nos ajustaremos a la concepción de Ronald Dworkin en el sentido de tomar como principio a aquellos estándares que no son normas, aunque sí estándares jurídicos. Lo anterior así será ya que hay quienes consideran que los principios también son normas. Prueba de ello es la siguiente expresión de Marco Gerardo Monroy Cabra: “Los principios son normas que condicionan las demás normas, pero tienen un grado mayor de concreción y eficacia, teniendo por sí mismos carácter normativo.”⁵⁴⁰ Veremos más adelante que Robert Alexy también los considera como mandatos de optimización o normas.

Jaime Cárdenas Gracia, en alusión a la concepción Dworkiniana de los principios, de manera sintética nos explica que estos “se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y los principios en sentido estricto, es decir, exigencias de tipo moral –según su teoría– que establecen derechos humanos o fundamentales.”⁵⁴¹ Lo que efectivamente es así, pues para Dworkin unos principios operan como directrices políticas y otros como pautas, y nos plantea que *principio en sentido genérico* es todo estándar que no es norma. *Directrices políticas* son aquellos estándares que buscan la realización de un objetivo que debe alcanzarse (mejora económica, política, o social); y *principio en sentido estricto* es un estándar observable porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de moralidad.⁵⁴²

Para Robert Alexy, los principios se entienden como mandatos de optimización, son preceptos que exigen se realice algo (*fáctica y jurídicamente*) en la mayor medida posible; por tanto admiten grados de realización distintos según la posibilidad fáctica y jurídica. Son los principios los que determinan esa posibilidad jurídica.⁵⁴³ Al ser mandatos de optimización, debemos tenerlos como **mandatos inmejorables, insuperables**; por ello es el que tales mandatos, órdenes o prohibiciones, *deben realizarse en la mayor medida que sea posible tanto de hecho como de derecho*; jurídicamente, sólo dejarían de aplicarse mediante la ponderación, y habiendo otro principio que en el caso particular tenga mayor preponderancia que el principio sacrificado. A fin de cuentas, los principios si deben ser una categoría jurídica distinta de las normas ya que, por ejemplo, los primeros se aplican mediante la ponderación; mientras que la ponderación no aplica para las meramente normas jurídicas; para

⁵³⁹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus Reformas*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 73 y 74

⁵⁴⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, p. 89

⁵⁴¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 110

⁵⁴² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁴³ Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto de la validez del derecho*, Trad. Jorge M. Seña. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 75

éstas últimas, los criterios de aplicación los establecen las reglas hermenéuticas señaladas para la interpretación e integración de normas jurídicas.

6.6.2 Los Valores

Se considera que existen valores del derecho romano aún vigentes; Otero Parga al referirse a los valores del derecho romano derivados de la *“tria iuris praecepta”* de Ulpiano considera: *“estos valores permanecieron en la base de las culturas posteriores de forma que puede afirmarse que aún siguen prevaleciendo, aunque hoy en día no se muestren al exterior con estos nombres.”*⁵⁴⁴

En el constitucionalismo contemporáneo, se estima que los valores están por encima de las normas; –Remotti y Freixes a quienes más adelante nos referiremos, los consideran como metanormas–. En efecto, una posición de la filosofía del derecho de carácter moral *“consiste en tratar de legitimar las normas en función del cumplimiento de los valores. De tal modo que son normas legítimas las que recogen, sistematizan y protegen los valores.”*⁵⁴⁵ En éste orden de cosas, a diferencia del Estado legalista; en el neoconstitucionalismo, las normas jurídicas se legitiman cuando contienen o tutelan valores; en caso contrario, puede buscarse la inaplicación de una norma cuando ésta contraviene los valores fundamentales de un Estado.

En primer lugar, la relación entre valores y el orden jurídico constitucional, se explica cuando en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho se considera que **los valores** se han incorporado en las constituciones y en él, es necesaria una interpretación ampliada para así poder asegurar y proteger esos valores; en efecto, Monroy Cabra subraya que: *“en el moderno Estado constitucional se han positivizado los valores. La misma Constitución se considera un orden de valores y por ello se requiere una interpretación finalista que preserve los valores en ella consagrados.”*⁵⁴⁶ Esa positivización se refiere a que están contenidos en la norma fundamental, por ende, sólo de ella se pueden derivar ya sea de manera explícita o implícita de una interpretación extensiva. Sobre la *“constitución”* considerada como **un orden de valores** como lo ha expresado Monroy Cabra, encontramos a las constituciones de los Estados neoconstitucionalistas que consagran los valores que el Estado se propone realizar. En la constitución de España, verbigracia, se les denomina *“valores superiores”*. Gregorio Peces-Barba sobre los valores superiores precisa que: *“supone un concepto del derecho como fenómeno cultural, como obra de los hombres en la historia. Los valores superiores son los objetivos máximos”*⁵⁴⁷ Así pues, en los objetivos máximos del Estado, descansan los valores superiores del mismo, por lo que no podemos separar a los valores de los objetivos del Estado.

⁵⁴⁴ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, op. cit., p. 39

⁵⁴⁵ *Ibidem*. p. 44

⁵⁴⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo, op. cit., p.89

⁵⁴⁷ PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Debate, Madrid, 1990, p. 56.

En segundo lugar, la concepción de los valores en el constitucionalismo contemporáneo tenemos que *los valores orientan tanto la creación como la interpretación de las normas jurídicas*; según Monroy Cabra, los valores se tienen como normas abstractas y abiertas que dirigen la creación e interpretación de otras normas y por ende se imponen a los principios y a las reglas.⁵⁴⁸ Se tienen como normas abstractas y abiertas que dirigen la creación e interpretación de otras normas y por ende se imponen a los principios y a las reglas Luis Prieto Sanchís considera que son normas de segundo grado, porque ayudan la interpretación de otras normas, pero para evitar confusiones no les debemos llamar normas.⁵⁴⁹ Consideramos nosotros que son de primer grado, pues al orientar a las otras, están por encima de las meramente llamadas normas jurídicas. En efecto, Remotti y Freixes consideran a los valores como metanormas, expresan: “son “metanormas” que desempeñan una función orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en la interpretación de las mismas.”⁵⁵⁰ Los valores para Manuel Quinche son “enunciados normativos de interpretación”.⁵⁵¹ O en según lo concibe Alfonso Luciano, los valores “están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento”.⁵⁵² Para Milagros Otero Parga, los valores “son en definitiva, los cimientos sobre los que la sociedad quiere que se establezcan y acomoden las leyes.”⁵⁵³

La Corte Constitucional colombiana nos proporciona una noción de lo valores en la sentencia C-1287 de 2001, de la Sala Plena en los siguientes términos: “Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que pueden resolver, aisladamente, un asunto”.⁵⁵⁴ A lo anterior cabe hacer la aclaración que los valores no son disposiciones que necesariamente estén expresadas en un código o cuerpo legislativo; al menos en el ordenamiento jurídico mexicano no existe un catálogo explícito de valores; en el caso de la constitución mexicana, los valores están implícitos en la misma; esto es, se abstraen del ordenamiento jurídico positivo; y de manera particular, de la norma fundamental mexicana.

⁵⁴⁸ Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, p. 88

⁵⁴⁹ Luis Prieto Sanchís afirma que los valores aún con contenido normativo, constituyen normas de segundo grado tendientes a la identificación e interpretación de la disposiciones de un sistema jurídico determinado. OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, *op. cit.*, p. 40

⁵⁵⁰ FREIXES, Teresa, y REMOTTI, José Carlos, *op. cit.*, p. 101

⁵⁵¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 77

⁵⁵² Cfr. LUCIANO PAREJO, Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991, p. 122 y 123

⁵⁵³ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, *op. cit.*, p. 14

⁵⁵⁴ Sentencia C-1287 de 2001, de la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 5., en QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 77

No obstante lo anterior, en algunas otras constituciones ciertos valores se encuentran positivizados; así tenemos por ejemplo a España y Colombia.

El artículo primero de la Constitución española de 1978, prescribe: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. En ésta base nos refiere Otero Parga a los valores positivizados en la Constitución Española como *“la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, valores recogidos por la constitución española.”*⁵⁵⁵

Respecto a la constitución colombiana *“Son valores la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Y los consagrados en el artículo 2 de la constitución colombiana, en atención a los fines del Estado, desde esta perspectiva, son valores el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes y la participación.”*⁵⁵⁶

Sobre los valores no positivizados en la constitución española Otero Parga nos explica: *“Entre los valores ausentes del art. 1 se encuentra la dignidad de los seres humanos es la base del reconocimiento de sus derechos y deberes... la seguridad frente al desorden (no la seguridad jurídica), la paz, la cooperación y la solidaridad.”*⁵⁵⁷

Hay quienes consideran a *la justicia, la libertad, la equidad y el orden como la síntesis de los valores*, esto es, como los valores en los que descansan otros valores. Sobre éste particular tenemos la concepción de Norberto Bobbio cuando explica las tensiones entre los valores de la *libertad e igualdad* (considerados como **valores fundamentales**) a través de la concepción de las tesis del liberalismo e igualitarismo no como opuestas, sino como yuxtapuestas (complementarias) señala que: *“Liberalismo e igualitarismo hunden sus raíces en concepciones de la sociedad profundamente distintas; individualista, conflictual y pluralista, la libertad; totalizadora, armónica y monista, la igualitaria”*. *“la posibilidad de síntesis teórica y de intentos de compromiso entre libertad e igualdad, en la medida en que estos dos valores fundamentales (junto con el del orden) de toda convivencia civil sean considerados no como antinómicos sino como complementarios”*.⁵⁵⁸ En consonancia con las ideas de Bobbio, Eusebio Fernández también coincide en tener a la libertad y la equidad como valores fundamentales y nos refiere: *“El Estado social y democrático de Derecho parece ser, por el momento, lo mejor que han inventado los hombres y mujeres para responder, desde la configuración y estructura del Estado democrático, a las exigencias y necesidades tanto de la libertad (derechos civiles y políticos), como los plasmados en la lucha contra las desigualdades sociales y económicas (derechos sociales y*

⁵⁵⁵ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, op. cit., p. 13

⁵⁵⁶ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, op. cit., p. 77

⁵⁵⁷ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, op. cit., p.39 y 40

⁵⁵⁸ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Trad. de Pedro Aragón Rincón, Editorial Paidós, Barcelona, 1993, p. 91 y 92

económicos).⁵⁵⁹ Así, en el Estado Constitucional y democrático de Derecho, en el valor de la justicia se sintetizan la libertad y la equidad.⁵⁶⁰

Sobre la equidad como valor, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-401 de 1992, lo refiere Quinche Ramírez:

*“El caso concreto consistía en la situación de tres ciudadanos, que habían sido vinculados a procesos penales, pero que por haber sido declarados inimputables, no habían sido objeto de la pena de prisión, sino que se les había aplicado una medida de seguridad, consistente en reclusión de duración indefinida, la que cesaría cuando existiese la seguridad de no ser un peligro para la sociedad. Dentro del expediente se demostró, que cada uno de los tres señores llevaba recluido alrededor de 25 años, (tiempo que excedía el que les habría correspondido por una pena de prisión concreta). Adicionalmente se probó que se trataba de personas pasivas, sin agresividad y que ni siquiera eran objeto de medicación psiquiátrica. Por lo mismo, no representaban ningún peligro. Presentada la acción de tutela, sin embargo, los jueces se negaron a otorgarles la libertad. Asumido el caso, la Corte Constitucional hizo una interpretación de los principios de dignidad, libertad e igualdad, guiada especialmente **por el valor de la equidad**, lo que permitió otorgar los respectivos amparos, las libertades ...”*⁵⁶¹

¿Cuál es la diferencia entre valores y principios?

Definitivamente que tanto “los valores” como “los principios” son dimensiones supranormativas; es decir, están por encima de las simplemente concebidas como reglas o normas; sin embargo, deslindar la diferencia entre ambos, no siempre resulta fácil, hablar de la equidad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, por ejemplo, **¿son principios?, ¿son valores?**.

Hemos escuchado no en pocas ocasiones que se les ha identificado más con los principios que con los valores; así se ha expresado el principio de justicia, el principio de equidad, el principio de libertad; empero, **¿conforme al neoconstitucionalismo será esto lo adecuado?**

En el siguiente cuadro, apoyados en ideas de jusfilósofos identificados con ésta corriente (Robert Alexy, Norberto Bobbio, Gregorio PECES-BARBA, Eusebio Fernández García, Milagros Otero Parga, Marco Gerardo Monroy Cabra, María del Carmen Barranco Avilés, Manuel Aragón), se han expresado al respecto y mostramos la diferencia entre principios y valores.

⁵⁵⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Valores Constitucionales y derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 53

⁵⁶⁰ “la justicia consiste en la síntesis correcta de libertad e igualdad”. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Estudios de ética jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 83

⁵⁶¹ Sentencia T-401 de 1992, de la Corte Constitucional colombiana cuyo Magistrado Ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, en QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 78

VALORES	PRINCIPIOS
Los valores son más amplios que los principios. ⁵⁶²	Los principios son más concretos que los valores. ⁵⁶³
Los valores al ser abstractos se diferencian de los principios por su menor eficacia directa. ⁵⁶⁴	Los principios al ser concretos tienen mayor eficacia directa.
Los valores al ser más amplios, permiten una amplia variedad de conversiones normativas. ⁵⁶⁵	Por su concreción, los principios no tienen esa posibilidad amplia de transmutación. ⁵⁶⁶
Los valores al ser abstractos son impredecibles. ⁵⁶⁷ (No se pueden adivinar, pronosticar o vaticinar).	Son <i>indeterminados o determinables</i> y se <i>traducen en permisiones, mandatos, o prohibiciones</i> . ⁵⁶⁸
Los valores son enunciados para el legislador. ⁵⁶⁹ La determinación de reglas son aptas para realizar valores le toca al legislador. ⁵⁷⁰	Los principios son enunciados que orientan el criterio del juzgador
Los valores están directamente conectados con los objetivos máximos o fines del estado. ⁵⁷¹	Los principios directamente están conectados con la moral. ⁵⁷²
Los valores en la interpretación suponen la	Los principios se descubren, no se

⁵⁶² “Los valores constituyen el contexto histórico-espiritual de la interpretación y entrañan siempre un grado menor de concreción y especificación que los principios, respecto a las situaciones en las que pueden ser aplicados y las consecuencias jurídicas de su aplicación.” OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, op. cit., p. 24

⁵⁶³ “Los principios son normas que condicionan las demás normas, pero tienen un grado mayor de concreción y eficacia, teniendo por sí mismos carácter normativo.” Por tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios. MONROY CABRA, Marco Gerardo, op. cit., p. 89

⁵⁶⁴ “Para otra parte de la doctrina los valores son normas que al igual que los principios determinan el contenido de otras normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación.” Ibidem. p. 88

⁵⁶⁵ “permiten una amplia variedad de conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas,...” BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 171

⁵⁶⁶ “mientras que los principios también enunciados en la Constitución reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto que sólo caben las que en principio jurídicamente prefigura”. Idem.

⁵⁶⁷ “Precisamente la “impredecibilidad” de los valores frente a la “indeterminación” de los principios es la diferencia fundamental entre ambas figuras.” ARAGÓN, Manuel, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 93

⁵⁶⁸ “Los principios expresan un deber ser y se manifiestan a través de mandatos, prohibiciones, permisos o derechos.” MONROY CABRA, Marco Gerardo, op. cit., p. 89

⁵⁶⁹ “Los valores superiores constituyen enunciados dirigidos al legislador que le dejan un amplio margen de libertad”. ARAGÓN, Manuel, op. cit., p. 93

⁵⁷⁰ “En un Estado democrático la competencia para determinar qué reglas son aptas para la realización de los valores constitucionalmente proclamados debe corresponder, desde el momento en que se trata de un fenómeno de creación jurídica, **al Parlamento**; de otra forma, los jueces no están habilitados para aplicar los valores constitucionales.” BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, op. cit., p. 171

⁵⁷¹ PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 56.

⁵⁷² “además se diferencian por la directa conexión con la moralidad de los principios”. ARAGÓN, Manuel, op. cit., p. 93

invención del derecho. ⁵⁷³	inventan. ⁵⁷⁴
Los valores se concretan en principios. ⁵⁷⁵	Los principios se concretan en normas
Los valores tienen un carácter axiológico. ⁵⁷⁶	Los principios tienen un carácter deontológico.
Los valores tienen una superioridad jerárquica en relación a los principios	Los principios son jerárquicamente inferiores a los valores. ⁵⁷⁷

Conforme a lo anterior tenemos que los valores jurídicos expresados en la constitución española tales como *la libertad, la equidad, la justicia*, expresados como simples géneros, por su mayor extensión *son valores y no principios*; otros valores así reconocidos serían: *el pluralismo político, el orden*,⁵⁷⁸ *la dignidad* de los seres humanos, *la seguridad* frente al desorden; *la paz, la cooperación y la solidaridad*,⁵⁷⁹ la convivencia, el trabajo, el conocimiento, la paz, el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes y la participación.⁵⁸⁰

En cambio, cuando se expresan ya no como un simple género, hablamos por ejemplo del principio de justicia tributaria,⁵⁸¹ del principio de equidad tributaria, del principio de equidad procesal, del principio de libertad de tránsito, del principio de libertad sindical, del principio de libertad de asociación, por citar algunos ejemplos, en sentido estricto *si son principios y no valores* por su menor extensión. Resulta evidente que por su especificidad, tenemos mucho más principios que valores; además de los principios antes referidos tenemos verbigracia: en materia de derechos humanos (los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad); el principio pro homine et pro libertate, el principio del interés

⁵⁷³ “Habrá que entender, en sentido contrario, que en la relación con los enunciados que contienen valores, la interpretación supone “invención” del Derecho, con lo cual se está olvidando la existencia de un núcleo de certeza en cualquier expresión lingüística que es el que se hace posible en relación con los valores superiores algo que el autor admite y es que vinculan al legislador.” BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *op. cit.*, p. 171

⁵⁷⁴ “Otra cosa sucede en cuanto a los enunciados que contienen principios, en cuya proyección normativa el Derecho se “descubre”, pero no se “inventa”. *Idem.*

⁵⁷⁵ “Los valores tienden a concretarse en principios y estos a su vez en normas.” OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, *op. cit.*, p. 30

⁵⁷⁶ Según Alexy, la diferencia entre valores y principios se encuentra en que los primeros tienen un carácter axiológico y los segundos lo tienen deontológico... Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 75

⁵⁷⁷ “Siguiendo la doctrina puede decirse que las normas que expresan valores predominan sobre las que consagran principios o reglas, y las que señalan principios prevalecen sobre las simples reglas.” MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, p. 89

⁵⁷⁸ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 92

⁵⁷⁹ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, *op. cit.*, págs. 39 y 40

⁵⁸⁰ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 77

⁵⁸¹ PONT MESTRES, Magín, VERDÚ SANTURDE, Antonio, *En torno a la capacidad económica como criterio constitucional de justicia tributaria en los Estados contemporáneos*, Imprenta Clarasó, S.A. Barcelona, 1974, p. 25

superior de la niñez, el principio de supremacía constitucional, el principio de máxima publicidad; los principios que sustentan el proceso penal acusatorio tales como los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; el principio de suplencia de la queja defectuosa, el principio de legalidad, el principio de certeza electoral, el principio de reserva de ley, el principio de estricto derecho, el principio de proporcionalidad de las penas, el principio de tutela judicial efectiva entre muchos otros más.

6.6.3 Las Reglas.

Las reglas son todavía disposiciones más estrechas; son las normas jurídicas generales y están contenidas en los ordenamientos que se derivan de la norma fundamental de un Estado, en las conocidas como leyes secundarias (*Códigos, Leyes Generales, Leyes Federales, Leyes locales, Reglamentos, entre otros*). De una manera muy concreta nos ilustra Manuel Fernando Quinche: *"Las reglas son el componente más numeroso de los sistemas jurídicos. En general los códigos, las leyes y los actos administrativos están llenos de reglas, que adicionalmente, son los instrumentos con los que se solucionan la mayoría de los conflictos jurídicos. Así por ejemplo. Los tipos penales son reglas, en tanto que contienen la descripción de una conducta"*.⁵⁸² En éste mismo rumbo, Jaime Cárdenas refiere que en los sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos, *"los principios jurídicos se encuentran previstos en las Constituciones, ejemplo de principio es el que se contiene en el artículo 6 de la Constitución mexicana que garantiza la libertad de expresión, en cambio las reglas jurídicas se contemplan en la legislación secundaria, verbigracia, las normas que establecen los delitos y las sanciones correspondientes en el Código Penal."*⁵⁸³ Aunque lo ideal es que la constitución no contenga reglas, o al menos, las menos posibles, sólo aquella que el constituyente estime indispensables para la organización y funcionamiento del Estado.

En efecto, las reglas son prescripciones jurídicas generales y abstractas creadas por el Estado para regular situaciones jurídicas concretas, por lo que en ellas englobamos a los códigos, a las leyes, a los reglamentos, los decretos, las circulares y en general todas aquellas disposiciones jurídicas de carácter general. En éste sentido Monroy Cabra concibe las reglas como *"disposiciones jurídicas que definen en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo"*.⁵⁸⁴

Los seis juristas que a continuación referimos, esencialmente coinciden en la concepción de las reglas: **Robert Alexy** considera a las reglas como normas o mandatos de optimización; **H.L.A. Hart** concibe a las reglas como criterios de conducta (standards); **Manuel Atienza y Ruiz Manero**, las consideran como normas

⁵⁸² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 76

⁵⁸³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 110

⁵⁸⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, p.89

jurídicas válidas; para Luis Prieto Sanchís mandatos, prohibiciones o permisos sobre conductas determinadas; y por último, para **Ronald Dworkin**, quien en el contexto que tratamos equipara a las reglas con las normas jurídicas. Sus ideas son las siguientes:

Según Robert Alexy: *“Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción.”*⁵⁸⁵

Para Hart, las reglas son tenidas como *“pautas o criterios de conducta (standards) para la apreciación crítica de acciones determinadas”*.⁵⁸⁶

Conforme a Manuel Atienza y Ruiz Manero *“las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser solo cumplidas o incumplidas: Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”*.⁵⁸⁷

Según Luis Prieto Sanchís la identidad de reglas y normas está en su contenido, el contenido de las normas consiste en mandatos, prohibiciones o permisos sobre conductas determinadas. *“El contenido de las normas es regular el comportamiento libre de los hombres, esto es, aquellos actos que no son imposibles pero tampoco inexcusables o necesarios, y de ahí que dicho contenido consista en mandatos, prohibiciones o permisos acerca de conductas fácticamente libres, que pueden ser o no realizadas.”*⁵⁸⁸

Para Ronald Dworkin, *“la palabra inglesa rule presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: norma cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla de “normas” morales o jurídicas), y regla cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas técnicas”, etc.).”*⁵⁸⁹ En el contexto que se estudia, para Dworkin, tal y como se ha expresado, la regla es la norma jurídica; esto es, disposiciones de tipo prescriptivo que regulan conductas humanas.

Sobre los principios en relación a las reglas, un ejemplo de norma que Dworkin explica conforme al derecho norteamericano sería: *“Un testamento no es válido si no*

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 75

⁵⁸⁶ H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, op. cit, p. 41

⁵⁸⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Barcelona, 1996, p. 9

⁵⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 13

⁵⁸⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 63

está firmado por tres testigos”; un ejemplo de un principio es: “un hombre no puede beneficiarse de su propio delito”.⁵⁹⁰

Señala también que los principios suelen derivarse de los casos difíciles; ante los casos difíciles, la sentencia que los resuelve se convierte en una norma determinada que no existía antes de la resolución del caso; como principios señala verbigracia el nieto que asesinó a su abuelo para acceder a la herencia: *“el asesino no puede beneficiarse del testamento de su víctima”; “nadie puede beneficiarse de su propio delito”* (Caso Riggs Vs. Palmer), *“los fabricantes son responsables por los defectos de los automóviles”* (caso Henningsen).⁵⁹¹ Nótese que Dworkin no distingue entre principios y valores; solamente hace el deslinde entre principios y reglas.

En el siguiente cuadro, apoyados en ideas de juristas identificados con la corriente neoconstitucionalista (Ronald Dworkin, H.L.A Hart, Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Cárdenas Gracia), se han expresado al respecto y mostramos la diferencia entre los principios y las reglas.

PRINCIPIOS	REGLAS
La dimensión del peso o importancia implica que se ponderan. Se valoran en cada caso concreto en relación a otros principios. ⁵⁹²	No tienen la dimensión del peso o importancia; se subsumen. El tipo y la tipicidad es el ejemplo perfecto de subsunción. ⁵⁹³
Se pueden cumplir progresivamente.	No se pueden cumplir progresivamente son todo o nada; ⁵⁹⁴ se aplican o no.
En su distinción lógica: ⁵⁹⁵ Los principios son más abiertos no se aplican de manera disyuntiva.	Su distinción lógica: ⁵⁹⁶ Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas; simplemente se aplican o no a un caso.

⁵⁹⁰ *Ibidem.* p. 78

⁵⁹¹ *Cfr. Ibidem.* p. 80

⁵⁹² *“Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.”* DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 77

⁵⁹³ *“una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso... Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida.”* *Ibidem.* p. 78

⁵⁹⁴ *“Los principios a diferencia de las reglas no son todo o nada, es decir, se pueden cumplir progresivamente y no necesariamente como ocurre en las reglas, que se acatan o no, y como sabemos si no se cumplen, se puede actualizar la consecuencia jurídica; además tienen una dimensión de peso o ponderación y se valoran en los casos concretos sometidos a los tribunales en relación con otros principios.”* CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 110

⁵⁹⁵ *“La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas... “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”. DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, op. cit., p. 77. En cambio los principios “no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se*

Los principios sólo enuncian razones pero no establecen consecuencias jurídicas derivables de la satisfacción de condiciones previstas. ⁵⁹⁷	Las reglas establecen consecuencias jurídicas derivables si se realiza el supuesto normativo
Los principios forman parte del sistema jurídico más bien por su contenido (están conectados a la moral). ⁵⁹⁸	Las reglas por su origen, integran el sistema jurídico por el órgano y procedimiento de creación
Los casos difíciles suelen resolverse en base a principios.	Los casos no complejos suelen resolverse en base a las simples reglas.
Los principios son jerárquicamente superiores a las reglas. ⁵⁹⁹	Las reglas son jerárquicamente inferiores a los principios.
Los principios tienen las condiciones de aplicación abiertos.	Las reglas tienen las condiciones de aplicación cerradas. ⁶⁰⁰

En lo referente a que las condiciones de aplicación de las reglas es cerrada; y la de los principios es abierta, tenemos, por ejemplo: “una regla siempre señala todas las circunstancias o condiciones que deben ser generadas para que se produzca la consecuencia jurídica. Así, la norma que dice: “El que se apodera de cosa ajena, mueble, sin consentimiento y sin derecho comete el delito de robo y se le aplica una sanción de x a y”, es una regla porque todas las condiciones y circunstancias están previstas para en caso de producirse esas conductas se genere la consecuencia jurídica x o y. En cambio el principio constitucional previsto en el artículo 3 de la norma fundamental que determina que la educación en México es laica, gratuita y obligatoria, no contiene de manera cerrada todas las condiciones o circunstancias para que la educación nacional se realice de la manera que lo prescribe el principio.”⁶⁰¹

satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares. *Ibidem*. p. 72.

⁵⁹⁶ “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.” *Ibidem*. p. 74 y 75

⁵⁹⁷ “no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.” *Ibidem*. p. 72.

⁵⁹⁸ “Los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido —lo que acerca al derecho con la moral— y no como las reglas que integran el sistema jurídico por razón de su origen, esto es, porque existe una autoridad competente que las ha emitido siguiendo el procedimiento previsto.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 110

⁵⁹⁹ Los “principios prevalecen sobre las simples reglas.” MONROY CABRA, Marco Gerardo, op. cit., p. 89

⁶⁰⁰ “Entre las diferencias que apuntan entre reglas y principios, señalan que las reglas tienen las condiciones de aplicación cerradas y los principios abiertos”. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 111

⁶⁰¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 111 y 112

6.6.3.1 Las reglas en la Concepción Hartiana sobre el Derecho.

H.L.A. Hart en el capítulo V de su obra *"The concept of law"*, intitulado *"El Derecho como unión de reglas primarias y secundarias"*, contiene la parte toral de su filosofía del derecho. Para él, toda comunidad reconoce reglas básicas para la convivencia, así es que se conforma la estructura social como estructura de reglas primarias de obligación, las que establecen restricciones (para reprimir acciones como la violencia, robo, engaño).⁶⁰² Para Hart, las reglas primarias se complementan con las secundarias, éstas permiten la realización de las primarias "[...] para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico."⁶⁰³ Las reglas primarias (que *confieren deberes, son reglas de mandato apoyadas por una amenaza*) y las reglas secundarias (son reglas sobre reglas primarias que *confiere potestades*).

Las reglas primarias de obligación, otorgan deberes, son las que prescriben conductas, son órdenes o mandatos de carácter general respaldados por una amenaza de sanción, producidos por un soberano o autoridad legítima y habitualmente obedecidos por unos súbditos o destinatarios.⁶⁰⁴

Las reglas secundarias. Detallan la forma en que se pueden realizarse terminantemente las primarias, introyectadas, modificadas o suprimidas, así como su violación definida incontrovertiblemente.⁶⁰⁵ Las reglas secundarias son reglas que *se refieren a las reglas primarias y a los órganos de creación y aplicación*; las que evitan la falta de certeza, de estaticidad y de organización de la fuerza de las reglas primarias; las reglas secundarias *confieren potestades* y no deberes.

Hart⁶⁰⁶ clasifica a las reglas secundarias en:

I. **Regla de reconocimiento (*rule of recognition*).** Estas reglas permiten identificar o determinar las reglas que pertenecen al sistema.

II. **Reglas de cambio o modificación y de derogación (*rules of change*).** Establecen órganos y procedimientos a seguir para la creación o modificación de las reglas.

III. **Reglas de autorización / reglas de adjudicación (*rules of adjudication*):** se refiere a los órganos y procedimientos para la aplicación de las reglas primarias.⁶⁰⁷

I. Regla de reconocimiento (*rule of recognition*): permite evitar la falta de certeza de las reglas primarias, pues es una indicación afirmativa e indiscutible que

⁶⁰² H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, op. cit, p. 114

⁶⁰³ *Ibidem.* p. 117

⁶⁰⁴ *Ibidem.* p. 118 y 119.

⁶⁰⁵ *Cfr. Ibidem.* p. 118

⁶⁰⁶ *Ibidem.* p. 117 y 118.

⁶⁰⁷ HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, op. cit, p. 14

debe ser obedecida por el grupo; su teleología es reconocer las reglas primarias o secundarias que forman parte del sistema jurídico y que puede ser un catálogo de leyes escritas, las normas creadas por un soberano, o las que apruebe un parlamento o cuerpo legislativo, o las normas consuetudinarias adjudicadas en una sentencia por el juez. En efecto, Hart sostiene que una regla de reconocimiento puede tener diversas formas simples o complejas, ya sea que conste en un documento escrito o (*para el derecho primitivo*) en algún monumento público del que deriven dichas reglas.⁶⁰⁸

Tales reglas, son reconocidas como tales en una comunidad particular y al ser válidas, deben ser acatadas.

Como criterios para identificar y determinar si una determinada regla pertenece a un sistema jurídico, Hart señala que en un desarrollado sistema jurídico, las reglas de reconocimiento son mas complejas, y se pueden identificar por su conexidad a las características de las reglas primarias; ésta característica puede derivar del "*hecho de haber sido sancionado por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales*"⁶⁰⁹

II. Reglas de cambio o modificación y de derogación (*rules of change*). Son remedios para el carácter estático de las reglas primarias. La forma más simple de tales reglas es mediante la legislación, reforma, adición, o derogación; y es aquella que faculta a un soberano o cuerpo de personas (Parlamento u Órgano Legislativo), a crear nuevas reglas primarias para dirigir las relaciones sociales del grupo, o de alguna categoría específica dentro de ese grupo; así como para modificar o dejar sin efecto las reglas anteriores. Ahora bien, esas reglas de cambio y de derogación – *precisa Hart*-, pueden ser simples o complejas, limitadas o ilimitadas, rígidas o flexibles en cuanto al procedimiento que debe seguirse para que sea posible y válida la creación, modificación, cambio o derogación de las reglas primarias.⁶¹⁰

III. Reglas de autorización / reglas de adjudicación (*rules of adjudication*): Estas reglas en primer lugar reconocen facultades a sujetos públicos o a los particulares, para crear reglas, tal es el caso de las reglas que facultan a los particulares para celebrar contratos, o para otorgar testamentos, y en general, para realizar negocios jurídicos y obligaciones. En segundo lugar, tenemos también las reglas que autorizan o facultan a determinadas autoridades públicas para ejercer alguna potestad como por ejemplo dictar un laudo para autoridades administrativas jurisdiccionales o dictar una sentencia en el caso del juez. Al respecto Hart expresa que: "*El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha*

⁶⁰⁸ Cfr. H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, op. cit, p. 117

⁶⁰⁹ *Ibidem*. p. 118

⁶¹⁰ *Ibidem*. p. 119.

transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas 'reglas de adjudicación.'"⁶¹¹

Hart subraya que la complementación entre reglas primarias y las reglas secundarias favorecen la mejor explicación de muchos conceptos jurídicos y políticos relacionados con el derecho. Textualmente expresa: “*Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.*”⁶¹² Referente a los conceptos jurídicos el acoplamiento entre reglas primarias y secundarias permite aclarar categorías como la *de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación, jurisdicción y sanción.*⁶¹³

6.6.4 Relación de los principios, valores y reglas con la capacidad e incapacidad.

En base al análisis previo de los conceptos pre referidos, la relación habida entre la capacidad e incapacidad jurídica para con los conceptos de valores, principios y reglas en el contexto señalado tenemos lo siguiente:

La capacidad jurídica o de goce, que es la más amplia, es un valor fundamental derivado de la dignidad de la persona humana,⁶¹⁴ que por el hecho de existir tiene aspiración a ser reconocido por el ordenamiento jurídico de un Estado como titular derechos; así acontece en el caso del Estado mexicano, que a nivel constitucional reconoce que *toda persona goza de los derechos* que se derivan a partir de la constitución; por ende, la capacidad de goce al ser extensa, puede derivarse tanto de las reglas (normas), como de los principios y valores constitucionales; inclusive puede obtenerse mediante una interpretación extensiva fundada en éstos últimos. La incapacidad de goce, como elemento negativo de la capacidad, al ser la excepción y por tanto exigua, debe también sustentarse en principios y valores constitucionales, es decir, sólo puede ser establecida por razones de orden público fundados en principios y valores tutelados en la norma suprema, y por su especialidad, debe expresa por ende y así, la interpretación que sobre ella cabe es la restrictiva.

⁶¹¹ *Ibidem.* p. 120

⁶¹² *Ibidem.* p. 121

⁶¹³ “Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción, y sanción.” *Idem.*

⁶¹⁴ “el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por el contrario, es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos”. HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Trad. al Castellano por Javier Aguirre Román, revisada por Eduardo Mendieta y María Herrera. *Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010); pp. 3–25*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2010, p. 3

La incapacidad de goce de derechos no fundamentales, es decir, la incapacidad de goce derivada de una regla no constitucional, para ser material o intrínsecamente válida, debe ser acorde a los valores y principios fundamentales; por tanto, aquella incapacidad de goce establecida por una regla que contraviene a principios y valores constitucionales, debe traer aparejada la inaplicabilidad de la misma. Por ejemplo, una regla que establezca en igualdad de circunstancias, una incapacidad sólo para los varones y no a las mujeres, iría en contra del valor de la igualdad como dimensión más amplia, y el principio igualdad por razón de género; contravendría el principio igualdad entre el hombre y la mujer, derivados de la propia constitución, y por tanto, no aplicarse esa regla o declararse su inconstitucionalidad.

En cambio, la incapacidad de goce de derechos fundamentales por lo general no deriva de reglas, sino que tiene que estar fundada en los propios valores y principios constitucionales; debe ser expresada en la Constitución, por lo que sólo se justificaría su validez en los casos y con las condiciones que la norma fundamental establezca, y entonces, sólo admitiría una interpretación restrictiva.

6.7 Las normas jurídicas en función de la voluntad de los particulares

Atendiendo a la voluntad de los particulares según Arauz Castex *“Criterio según el cual serían normas de orden público aquellas que han sido dictadas en interés de la sociedad, por oposición a aquellas que tienen en mira el interés particular. Son normas de interés general, interés público, bien público o bienestar general... Criterio basado en el mantenimiento de la ordenación y organización social. Serían leyes de orden público aquellas que tendrían por objeto evitar que se produzca un desequilibrio entre las personas y el Estado, tratando de mantener una armonía social...”*⁶¹⁵ En efecto, al emitirse estas normas en función del interés colectivo para lograr el orden social, deben ser normas que no queden a merced de la voluntad privada; por ello, los particulares no pueden convencionalmente alterar o renunciar su contenido.

La regla general la constituyen las normas que pueden ser alteradas o renunciadas por la voluntad de los particulares, ya que sólo regulan intereses privados o particulares, y constituyen la mayoría dentro del universo de las normas jurídicas de un Estado determinado; Abelardo Torr  nos refiere que generalidad de las normas alusivas a los contratos y a las obligaciones, son supletorias, por ello es que pueden inobservarse y de manera libre convenir lo contrario.⁶¹⁶ La excepción, en cambio, está conformada por aquellas normas jurídicas que son irrenunciables y por tanto, pues buscan el mantenimiento del orden y de la paz social, por tanto, no pueden ser alteradas por la voluntad particular, pues dentro del universo normativo jurídico de un Estado, éstas últimas constituyen la minoría, en relación a las primeras.

⁶¹⁵ ARAUZ CASTEX, Manuel, *Ley de orden público*. Valerio Abeledo (Editor). Buenos Aires, 1945, pp. 22-26.

⁶¹⁶ Cfr. TORR , Abelardo, *op. cit.*, p. 181

En el mismo sentido se expresa Antonio Varón Mejía⁶¹⁷ al reconocer que el *ius cogens* es la excepción al *ius dispositivum*.

Según Giorgio del Vecchio por éste criterio pueden ser *taxativas o de orden público y dispositivas*.⁶¹⁸ Lacruz Berdejo les llama *normas imperativas (de derecho necesario) o de ius cogens; y dispositivas (de derecho voluntario) o supletivas*.⁶¹⁹ Manuel Albadalejo las identifica como normas “*necesarias*”, “*imperativas*” o “*de Derecho cogente*”; y, normas “*supletorias*”, “*dispositivas*” o “*de Derecho voluntario*”.⁶²⁰ Joaquín Llambías les denomina “*imperativas*” y “*supletorias*”.⁶²¹ Eduardo García Máynez,⁶²² al igual que Hoffman Elizalde las refieren como *taxativas y dispositivas*;⁶²³ Olaso Junyent como normas *taxativas o de ius cogens, y normas dispositivas, supletorias o de ius dispositivum*.⁶²⁴ Delgado Echeverría a las taxativas las denominan como normas del *ius cogens, imperativas o de derecho necesario*.⁶²⁵ Francisco González de Cossío, según constituyen límite a la libertad contractual y por

⁶¹⁷ “Las normas *ius cogens* son excepciones al derecho internacional general (*ius dispositivum*), razón por la cual su número es muy reducido e imposible de determinar exhaustivamente dado que dichas normas se encuentran esparcidas en todo el ordenamiento jurídico internacional.” VARÓN MEJÍA, Antonio, “Orden Público internacional y normas IUS COGENS: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, No. 32, 2010, pp. 211-229, Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, Bogotá, 2010, p. 228

⁶¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Trad. Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 345

⁶¹⁹ “Las normas se clasifican también en imperativas y dispositivas, que se llaman asimismo, respectivamente, “de derecho necesario” y “voluntario”, y la diferencia entre unas y otras consiste en que las normas de Derecho necesario no se pueden eliminar o sustituir por la voluntad del sujeto, y las de Derecho voluntario sí. A las primeras se les llama imperativas, de *ius cogens*, o Derecho necesario; las segundas se llaman supletivas, de Derecho dispositivo o voluntario, porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual.” LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil: I Parte General, Introducción*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 112, 113 y 114.

⁶²⁰ Según el criterio estudiado, Albadalejo las clasifica en “*Necesarias y supletorias*.- Según establezcan, para el supuesto de que se trate, una regulación, bien forzosa, bien sólo supletoria (para el caso de que los interesados no hayan dispuesto diferentemente), se dividen las normas en necesarias (o imperativas o de Derecho cogente) y supletorias (o dispositivas o de Derecho voluntario).” ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, op. cit., p. 29

⁶²¹ “Atendiendo a esta gradación en la imperatividad de la ley, según que su régimen pueda o no ser dejado de lado por los particulares, se clasifican las leyes en “imperativas” y “supletorias”. Las leyes imperativas son aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas. Su contenido se aprecia que es de “orden público” y consiguientemente el comportamiento previsto se impone incontestablemente, no obstante el deseo de alguien de quedar sujeto a una regulación diferente.” LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960, p. 56

⁶²² Por sus relaciones con la voluntad de los particulares, pueden ser taxativas y dispositivas, según puedan o no ser renunciadas. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 96

⁶²³ HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, op. cit., p. 66

⁶²⁴ OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 74

⁶²⁵ “No toda norma obliga de igual modo. Una imperan determinada conducta activa o pasiva (mandatos o prohibiciones) sin dejar lugar a la autorregulación del sujeto y se llaman *imperativas, de ius cogens o derecho necesario*.” DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, et. al. *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, op. cit., p. 113

ende, puedan renunciarse o no, en normas jurídicas “*imperativas*” o de “*ius cogens*”, y “*dispositivas*” o de “*ius dispositivum*”.⁶²⁶ Igualmente para Marcial Rubio Correa se clasifica en “*derecho imperativo*” o “*ius cogens*” y “*derecho voluntario*” o “*ius dispositivum*”.⁶²⁷

En suma, bajo éste criterio, tenemos que son normas:

a) “*Taxativas*”, “*imperativas absolutas*”, “*prohibitivas absolutas*”, “*de orden público*”, de “*ius cogens*”, de “*derecho necesario*” por un lado; y

b) “*Dispositivas*”, “*permisivas*”, de “*orden privado*”, de “*ius dispositivum*”, de “*derecho voluntario*”, “*supletivas*” o “*supletorias*”, por el otro.

Las primeras ordenan o imperan sin importar la voluntad de los contratantes, no pueden renunciarse ni derogarse de ningún modo.⁶²⁸ En la misma dirección Abelardo Torr  considera que estas normas son de *orden público* están fuera del alcande de la libertad de los particulares, no son disponibles de ellos, por tanto, deben observarse forzosamente; verbigracia, normas penales, fiscales, constitucionales, en el derecho privado tenemos las relativas al derecho familiar: matrimonio, a la patria potestad.⁶²⁹ La idea de *ius cogens* -señala Quispe Remón- proviene de un “orden superior”, “de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones.”⁶³⁰

6.7.1 Las normas jurídicas taxativas

Normas taxativas, imperativas o inderogables: “son las que imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares, en el sentido de que estos no pueden sustituirlas ni alterarlas.”⁶³¹ Llamadas también de *ius cogens* porque obligan en todo caso a los particulares,⁶³² son irrenunciables. “*Las disposiciones de éstas, los particulares, en sus relaciones, no pueden modificar ni menos suprimir o, como suele decirse metafóricamente, derogar.*”⁶³³ Así, la voluntad de ellos no puede obstarlas o impedir las, por ende, obedecen a razones de orden público. Oscar Ochoa les denomina

⁶²⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Hacia una Definición mexicana de Orden Público”, *Centro de Arbitraje Mexicano, Publicaciones, Reporte No. 36*. pp. 1-8, Noviembre de 2008, México, p. 7.

⁶²⁷ RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p 99

⁶²⁸ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pág. 345

⁶²⁹ Cfr. TORR , Abelardo, op. cit., p. 181

⁶³⁰ QUISPE REMÓN, Florabel, “Ius cogens en el sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, No. 34, pp. 42-78, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, p. 54

⁶³¹ RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, op. cit., p. 100

⁶³² “*Taxativas son las normas que obligan a los particulares en todo caso, independientemente de su voluntad.*” HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, op. cit., p. 66

⁶³³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, op. cit., p. 211

imperativas en el sentido de que no podemos sustraernos de su aplicación, no pueden ser derogadas convencionalmente, por ende, son de orden público y subraya “*La ley es imperativa cuando no es posible evitar su aplicación; es entonces aquella que debe regir necesariamente todas las situaciones contempladas en ella, sin que una abstención o sustitución de ellas permita dejar de lado su aplicación. Las leyes imperativas se imponen plenamente a los particulares; estos no tienen derecho a derogarlas por convenciones [...] son también denominadas leyes “de orden público”.*”⁶³⁴ También, las normas que son imperativas o prohibitivas *en términos absolutos*⁶³⁵ pertenecen a ésta categoría, pues los particulares en ningún caso pueden evitar sus alcances y efectos. Francesco Messineo igualmente considera que las normas de orden público son absolutas o cogentes.⁶³⁶

En el derecho internacional, el derecho taxativo o necesario, según nos ilustra Carrillo Santarelli, también es denominado como *derecho imperativo o ius cogens*.⁶³⁷ Del mismo modo, refiriéndose al *ius taxativum* Varón Mejía afirma que “A diferencia del *ius dispositivum* hay normas *tan fuertes* que no pueden ser derogadas por acuerdos particulares y que configuran una categoría denominada *ius cogens*.”⁶³⁸ Su aplicación es ineludible; no es opcional y subsidiaria como las normas del derecho internacional dispositivo. Con el *ius cogens* -estima Carrillo Santarelli-, se puede tener una visión de lo horizontal a lo vertical, es decir, establecer una jerarquía normativa donde el *ius cogens* está por encima de las demás normas de derecho internacional.⁶³⁹

En el ámbito del derecho privado, las normas imperativas o de “*ius cogens*” limitan la libertad contractual y no admiten pacto en contrario.⁶⁴⁰ Se estima que toda ley de derecho público lo es de orden público pero no al revés: “Toda ley de derecho público es de orden público pero no a la inversa; muchas leyes de derecho privado son de orden público, como las normas legales que regulan los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, los deberes de guarda, custodia y de educación que la patria potestad confiere a los padres sobre sus hijos.”⁶⁴¹ De igual forma Francesco

⁶³⁴ OCHOA G., Óscar E., *Derecho Civil I. Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 56 y 55

⁶³⁵ “Normas taxativas (*ius cogens*). Manda o prohíbe una determinada conducta **en grado absoluto**, de manera que los particulares no pueden sustraerse en ningún momento a esos mandatos o prohibiciones.” OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, *op. cit.*, p. 74

⁶³⁶ “Con mayor propiedad, las normas de orden público podrían llamarse normas absolutas o, como acabamos de decir, cogentes.” MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, t. I, p. 48.

⁶³⁷ “el propio ordenamiento jurídico internacional ofrece una serie de herramientas, una de las cuales está conformada por las normas que tienen el carácter de derecho imperativo o *ius cogens*.” CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, “La inevitable Supremacía del *Ius Cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 18, 2008-II, pp. 55-82, Madrid, 2008, p. 56

⁶³⁸ VARÓN MEJÍA, Antonio, “Orden Público internacional y normas IUS COGENS ... *op. cit.*”, p. 219

⁶³⁹ *Vid.* CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, *op. cit.*, p. 81

⁶⁴⁰ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Hacia una Definición mexicana de Orden Público”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴¹ OCHOA G., Óscar E., *Derecho Civil I. Personas*, *op. cit.*, p. 56 y ss.

Messineo estima que de orden público "*son tales las normas de derecho público; son a veces de este tipo, las normas de derecho privado,...*"⁶⁴² En cuanto a la apreciación de que toda ley de derecho público es de orden público, consideramos que a pesar de que es la tendencia, pues en la inmensa mayoría de los casos así resulta, sin embargo, no siempre es así; por ejemplo, las normas que regulan la competencia procesal de las autoridades judiciales, son normas de derecho público, y por ende lo son también de orden público; empero, existe la excepción que rompe a la regla de la "competencia territorial" que por regla general en las leyes adjetivas, es la única que es prorrogable, por lo tanto, las partes pueden convencionalmente arreglarse respecto a la misma. Creemos que lo anterior no debe ser criterio necesario para determinar que una ley sea de orden público; más bien, si las partes pueden disponer o no del alcance de las normas; si no pueden válidamente disponer y pactar lo contrario serán taxativas, imperativas o de orden público.

Las leyes de derecho privado que tienen el carácter de orden público, son todas aquellas en las que las partes no pueden por voluntad propia sustraerse de su aplicación.

En el Derecho chileno Alessandri señala algunas de ellas:

- 1) *Leyes que reglamentan el estado y capacidad.*
- 2) *Leyes que organizan la propiedad territorial.*
- 3) *Leyes que establecen medidas de protección de los derechos de terceros,*
- 4) *Leyes destinadas a proteger a un contratante frente al otro.* Proteger al contratante débil del fuerte; "tienden a amparar al más débil e impedir que el fuerte abuse de su superioridad económica e imponga condiciones leoninas."⁶⁴³ A ellas agregaríamos las que derivan del derecho de familia (tales como el matrimonio, del parentesco, de los alimentos, la tutela, la patria potestad).

6.7.2 Las normas jurídicas dispositivas

Las normas jurídicas dispositivas, permisivas o voluntarias (*ius dispositivum*): "son las que cumplen una función supletoria de la voluntad de las partes, de manera que estas pueden sustituirlas por lo que hayan dejado convenido en su lugar."⁶⁴⁴ Por ello Del Vecchio les denomina también supletorias o subsidiarias y según él: "*son aquellas que valen en cuanto no existe una voluntad diversa de las partes,*"⁶⁴⁵ pueden inaplicarse válidamente por voluntad expresa de las partes,⁶⁴⁶ por lo que son renunciabiles.

⁶⁴² MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, *op. cit.*, p. 212 y 213

⁶⁴⁴ RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, *op. cit.*, p. 101

⁶⁴⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁴⁶ Dispositivas son aquellas que pueden lícitamente dejar de aplicarse en una situación jurídica concreta, por voluntad expresa de las partes. HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *op. cit.*, p. 66

También son de *ius dispositivum* aquellas normas *imperativas relativas* o *prohibitivas relativas*, ya que admiten pacto en contrario. Olaso Junyent admite ésta posibilidad; explica que las normas dispositivas o supletorias (*ius dispositivum*), son las que mandan o prohíben una determinada conducta **pero en grado relativo**, de suerte que son obligatorias únicamente cuando no existe un pacto en contrario de las partes,⁶⁴⁷ entonces, al ser de grado relativo *la prohibición o la orden*, admiten excepciones que están señaladas en la misma ley; de no haber excepciones son de *ius cogens*.

Desde el punto de vista del derecho privado, y particularmente el contractual, las dispositivas no limitan la libertad contractual y admiten pacto en contrario.⁶⁴⁸ En el ámbito del derecho internacional la concepción es muy similar a lo antes referido; nos explica Carrillo Santarelli que las normas dispositivas “*serán aquellas que admiten excepciones, pueden ser renunciadas es necesario reconocer la primacía del derecho internacional imperativo sobre normas de naturaleza dispositiva.*”⁶⁴⁹ Por ende, las normas del derecho imperativo internacional están por encima del simple *ius dispositivum* internacional.

Las dispositivas, pueden ser a su vez interpretativas o supletivas según sirvan para interpretar la voluntad de las partes en un contrato o negocio jurídico, o se apliquen en ausencia de pacto especial de las partes.⁶⁵⁰

6.7.3. Naturaleza de las normas que establecen incapacidades.

La naturaleza de las normas jurídicas que establecen incapacidades, debemos diferenciarlas entre las que establecen incapacidades de goce, de las que establecen incapacidades de ejercicio.

La naturaleza de las incapacidades de goce, habida cuenta que tienden a proteger el orden público, comparten su misma naturaleza, son por lo tanto, de derecho necesario, ya que los particulares no pueden disponer libremente de ellas pues no admiten pacto en contrario, no pueden ser renunciadas ni alteradas por voluntad de los particulares; y son por ende “*taxativas*”, “*imperativas absolutas*”, “*prohibitivas absolutas*”, “*de orden público*”, de “*ius cogens*”, de “*derecho necesario*”. Por ello también, su consecuencia natural es que el acto jurídico que las

⁶⁴⁷ OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, *op. cit.*, p. 74

⁶⁴⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Hacia una Definición mexicana de Orden Público”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁹ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, *op. cit.*, p. 81

⁶⁵⁰ Vid. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 106. En igual sentido se expresa Hoffman Elizalde quien refiriéndose a las dispositivas señala: “*Estas últimas se dividen en interpretativas y supletivas. Las primeras se dirigen a la explicación de la voluntad de los sujetos que intervienen en un negocio jurídico; las supletivas pueden aplicarse en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes.*” HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *op. cit.*, p. 66

contravenga, esté afectado de nulidad absoluta, que como sabemos, no es convalidable y es imprescriptible.

En cambio, las normas que establecen incapacidades de ejercicio, son de menos rigor que las primeras, tienden a tutelar intereses del mero incapaz, no son por tanto normas que tutelén el orden público, y desde el punto de vista del derecho civil, se sancionan con una nulidad relativa, y por ello, los particulares pueden disponer de ellas, sólo en el sentido de que ese defecto se puede subsanar por la ratificación o prescribir con el devenir del tiempo establecido sin que se haya demandado la nulidad, convalidándose con ello el acto que previo a ello estaba afectado de esa nulidad; por ende, éstas últimas son normas jurídicas “dispositivas”, “permisivas”, de “orden privado”, de “*ius dispositivum*”, de “derecho voluntario”, “supletivas” o “supletorias”. Lo anterior, no debe entenderse en la dirección de que el incapaz de ejercicio, pueda convertirse por voluntad de las partes en capaz de ejercicio, sino en el sentido de que su representante puede convalidar mediante la ratificación, lo realizado el incapaz sin la intervención de su representante, o que por el transcurso del tiempo la ley dé el efecto de convalidarlo.

CAPÍTULO VII

EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: 7.1 Introducción. 7.2. El orden público. 7.2.1. *Consideraciones previas.* 7.2.2. *Posturas sobre el mismo.* 7.2.3. *Noción de orden Público.* 7.2.4. *El Orden Público interno y el externo.* 7.2.5. *Algunas connotaciones del orden público.* 7.3. *El ius cogens su origen y evolución.* 7.3.1 *En el ámbito del derecho interno.* 7.3.2 *En el ámbito del Derecho Internacional.* 7.3.3 *Fundamento normativo del ius cogens internacional.* 7.3.4 *Características de las normas del ius cogens.* 7.4. *La tutela del Orden Público y del ius cogens.* 7.5. *El Orden Público en relación a la Capacidad jurídica y a los Derechos Fundamentales.* 7.5.1. *Justificación sobre esta concomitancia.* 7.5.2 *El orden público como límite de la capacidad de goce y de los derechos fundamentales.* 7.5.3. *El ius cogens internacional y la Incapacidad de goce de derechos fundamentales.* 7.5.4. *El orden público en relación a la capacidad de goce e incapacidad de goce.* 7.5.5. *El orden público en relación a la capacidad e incapacidad de ejercicio.* 7.5.6. *Necesidad de determinar la consecuencia para cada incapacidad.* 7.5.7. *Consecuencias jurídicas de las incapacidades.* 7.5.7.1. *Consecuencias sustantivas.* 7.5.7.2 *Consecuencias procesales.* 7.5.7.2.3 *La acción y excepción de nulidad por incapacidad de los contratantes.* 7.5.7.2.4 *La sentencia de nulidad.* 7.5.7.2.5 *La “in integrum restitutio”.*

7.1. Introducción

En éste capítulo pretendemos clarificar ¿Qué se debe entender por Orden Público?, ¿Quién lo determina y cómo se determina ese concepto?, ¿Qué relación guarda el orden público con las capacidades e incapacidades? Para poder determinar si el orden público puede constituir un límite a la capacidad jurídica y a los derechos fundamentales; y por último, establecer si ¿es necesario de determinar la consecuencia para cada incapacidad?, y en su caso ¿cuál es la consecuencia jurídica atribuible para cada incapacidad?

Se tiene la disyuntiva del Estado, por un lado como el ente que debe garantizar las libertades individuales, pero por el otro, tenemos también al propio Estado como desafiante de esas libertades, a través de las facultades que el orden jurídico le confiere para limitarlas en los casos y con las condiciones que la norma fundamental establece; tenemos como ejemplos de ello a los casos especiales de las incapacidades de goce o los casos de la ponderación judicial ante conflictos entre derechos fundamentales, casos en los que el juzgador, para un caso concreto, sacrifica un derecho fundamental por otro. En efecto, Antonio López Piña sobre la referida disyuntiva refiere: “si cobramos conciencia de que el Estado es el garante y simultáneamente es la amenaza de la libertad individual, tenemos ante nosotros un auténtico dilema sobre el que debe definirse la interpretación constitucional”.¹ Por lo anterior es que se ha cuestionado: *¿Hasta qué punto el Estado debe proteger los intereses comunes a todos, y hasta qué punto debe proteger márgenes de libertad de las personas? ¿Cuáles son los límites a la iniciativa individual y/o intereses particulares?*² El único sustento en el que el Estado puede apoyarse válidamente para limitar la capacidad de las personas, las libertades públicas y los derechos fundamentales, lo constituye el orden público.

7.2. El orden público

¿Qué es el Orden Público? Cuando hablamos del *Orden Público* ¿debemos referirlo en relación al Estado?, ¿debemos referirlo al Derecho?, o bien, debemos referirlo tanto al Estado como al Derecho.

Sobre ésta trilogía: *Estado - Derecho - orden público*, por principio, debemos aclarar que son conceptos distintos pero inseparables pues coexisten y no pueden vivir separados uno del otro. El Derecho y el Estado forman un binomio indisoluble.³ El Estado para poder existir requiere de normas que lo organicen y estructuren; y de un orden público específico para poder realizarse y cumplir sus fines; a la vez, sería inútil hablar de un Orden Público sin un Estado al que corresponda, ya que el Derecho como sistema de normas y principios, lo son respecto de un Estado determinado. A su vez, el Orden Público se nutre del **Derecho** y a la vez asegura la vida de éste y permite la realización de la teleología del **Estado**. Sobre éste particular Eduardo Pérez Llana nos indica: “ *Junto con otras nociones fundamentales – Justicia, Bien Común, Seguridad – el concepto de orden público se encuentra en las entrañas mismas del*

¹ LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, 1ª edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, p. 248.

² MORALES GODO, Juan, *Instituciones de Derecho Civil, Teoría General del Derecho civil*, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 33

³ En torno al binomio *Derecho – Estado*, puede consultarse a BASCUÑÁN VALDÉS, Anibal, *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 214

*Derecho y sigue la suerte de éste; a veces le sirve de protección en el avance y otras de respaldo en la retaguardia. Vive del Derecho y, a su vez, preserva la vida de éste”.*⁴

Los hermanos Mazeaud, estiman que el ámbito del orden público ha ido creciendo paulatinamente, la evolución misma del derecho ha ampliado su ámbito; de ser estrecho su ámbito en un inicio poco a poco se ha ido extendiendo, y refieren: “para los redactores del Código Civil, la noción de orden público no regía apenas más que en lo concerniente a la organización del Estado, la de la familia, **la protección de los incapaces**, la prohibición de restablecer las reglas del feudalismo. Pero la evolución del derecho hacia el socialismo ha ensanchado considerablemente el ámbito del orden público, que desempeña hoy papel primordial en el contrato de trabajo, en los arrendamientos rurales o en los alquileres; y más generalmente en todas las materias donde interviene el Estado para **imponer una reglamentación y limitar los efectos de la voluntad de los individuos**.”⁵ En efecto así ha sucedido, la dinámica que ha transitado desde el reconocimiento de los derechos individuales con el liberalismo; posteriormente con el desarrollo de los derechos sociales y colectivos; luego los derechos difusos, los derechos de los consumidores, los derechos de las minorías, los derechos sobre el medio ambiente así lo demuestran.

7.2.1. Consideraciones previas

Definir “orden público” es una tarea bastante compleja.⁶ Elisur Arteaga precisa que “Hay en la actualidad cierta ambigüedad y confusión respecto a él.”⁷ El Orden público es considerado como una noción “imprecisa e indeterminada que escapa a toda definición”.⁸ Otros estiman al menos que “es un concepto que no puede ser *prima facie* definido, pues su significado atiende a circunstancias concomitantes de modo, tiempo y lugar al momento en el que se analiza.”⁹ Jan Paulsson lo considera como una definición amorfa.¹⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto del

⁴ PÉREZ LLANA, Eduardo, “La noción de orden público en el Derecho Privado”. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, números 86 — 87. Universidad Nacional del Litoral, Año XVIII, 1956, Santa Fe, Argentina, p. 246.

⁵ MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. vol. I, t. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965, p. 124.

⁶ “al estudio de la categoría del orden público como uno de los más difíciles, sino el más,” GONZALO QUIROGA, Martha, *Normas Imperativas y Orden Público en el arbitraje Privado Internacional*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, p. 43 Cf., F.C de Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Tomo VIII, Berlín, 1849, p. 32, reiterado por G. Sperduti, “Les lois d’application nécessaire en tant que lois d’ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 261.

⁷ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 1999. p. 94

⁸ “el orden público es una noción en extremo sutil, imprecisa e indeterminada que escapa a toda definición”. Así, descrito lo expresa el Auto del TS (Sala I) de 24 de octubre de 1979, cf., J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I. vol. 2, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 900.

⁹ RUIZ LARES, Daniel, “Los Criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 2, No. 2, ITAM, Junio de 2012, México, p. 7

¹⁰ “El contenido del orden público como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales lleva tiempo atrayendo la atención de practicantes y expertos diversos. El motivo: el peligro propiciado por lo amorfo de su definición.” PAULSSON, Jan, “El Orden Público como Criterio para negar el reconocimiento y la

concepto de orden público y determinó que el mismo es un “*concepto jurídico indeterminado*”.¹¹ Para Alessandri, ningún autor, ni el legislador han dado un concepto apropiado del mismo.¹²

Para otros autores es prácticamente imposible, utópico,¹³ ya que es un concepto que lejos de ser concreto –*como se pudiera pretender*–, es un concepto abstracto, y precisamente estiman que así debe serlo para poder ser utilizado en variadas formas, pues de ser concreto, perdería ese polimorfismo. Sobre éste polimorfismo se precisa que “*El orden público es interdisciplinar configurando lo que se ha dado en denominar la “polivalencia” del orden público o el “polimorfismo” del mismo, que alude a su facultad camaleónica para intervenir allí donde precise y se proponga bajo la adopción de las más diversas formas, tanto materiales como normativas*”¹⁴. Además, robusteciendo lo anterior, el orden público no es una noción universal estándar, cambia según el tiempo y el espacio, según la idiosincrasia, la cultura, los sistemas políticos, la forma de organización de una sociedad, esto es, la concepción del mismo varía según la época, lugar¹⁵ y el tipo de Estado, ya el orden público se determina también en función de los fines que se proponga cada Estado. Herrera Petrus precisa que “*el orden público es un concepto jurídico indeterminado integrado por reglas que protegen valores fundamentales de una organización estatal en cada momento histórico.*”¹⁶ A su vez Hugo Alsina sobre lo variante del contenido de orden público señala: “*el concepto de orden público es indefinido, porque varía en el tiempo y en el espacio,*”.¹⁷

ejecución de laudos arbitrales,” en la obra colectiva *El Arbitraje Comercial Internacional*, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 Aniversario, Abeledo Perrot, Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (directores), Buenos Aires, 2008, p. 609.

¹¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo. XXII, agosto de 2005, p. 1956, bajo el Rubro de: *Orden Público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social.*

¹² “*Pero ¿qué es el orden público? Ningún autor, ningún jurista, ningún legislador ha dado una respuesta satisfactoria. Con razón decía el viejo autor francés Moulon que estas cosas mejor se sienten que se definen.*” ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 211

¹³ “*Extraer de la sociedad la idea de Orden Público y plasmarlo en el derecho positivo es, sencillamente, utópico. Además, nuestro ordenamiento es sensible a importantes valores que conforman la estructura del Estado de Derecho, siendo francamente difícil no hallarlos, aunque sea de forma implícita, en el ordenamiento.*” MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, “Concepto de Orden Público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 22, 2010-II, pp. 197-222, Madrid, 2010, p. 219

¹⁴ GONZALO QUIROGA, Martha, *op. cit.*, págs. 46 y 47

¹⁵ “Al referimos al concepto del orden público, hemos visto la dificultad para precisarlo, pero a su vez hemos señalado que parte de dicha problemática es que es una noción cuyo contenido varía espacial y temporalmente, en función de la idiosincrasia cultural y a los sistemas políticos sociales imperantes en una comunidad. No es una noción universal, sino más bien nacional.” MORALES GODO, Juan, *op. cit.*, p. 37

¹⁶ Vid. HERRERA PETRUS, Christian, *La obtención internacional de pruebas, Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005, p. 94.

¹⁷ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo L. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1963, p. 58

Así, lo que se ha dado como concepto de orden público no son más que acercamientos específicos, por lo que su definición sigue siendo un reto para los juristas. En efecto, escribe Martha Gonzalo: *“los numerosos intentos para definirlo de manera clara y precisa no han permitido más que aproximaciones particulares, en cada caso concreto, confirmando el desafío permanente que la naturaleza del concepto de orden público representa en la doctrina y en la práctica jurídica.”*¹⁸ Quizás por ello sea que, desde la perspectiva jurisdiccional mexicana, el término orden público aunque es muy socorrido, *–pues se emplea de manera recurrente como principio orientador de resoluciones–*, no ha sido definido realmente pues carecemos de un concepto jurisprudencial sobre el mismo. En cambio, el Tribunal Supremo español en la sentencia de 5 de abril de 1966 (RJA, 1966-1684), si lo ha hecho y más adelante se analiza.

7.2.2. Posturas sobre el mismo

Antes de pasar a la noción de orden público, es preciso exponer sucintamente algunos posicionamientos doctrinales que se han hecho sobre el mismo. Juan Carlos Montalvo las expone y considera que son cuatro;¹⁹ sin embargo, agregaremos el primero donde situaremos a quienes estiman que no se requiere un concepto del mismo.

7.2.2.1. No es necesario definirlo

Según ésta postura carece de utilidad su definición, el orden público se va determinando en función de cada situación específica. Montalvo Abiol, sobre la teoría de la supuesta falta de necesidad de su definición expone: *“Tendrá que ser la mera casuística y el sentido común los que determinen qué constituye el Orden Público en cada momento, operación que no debería conllevar un excesivo margen de riesgo pero que es aborrecido por un amplio sector doctrinal que ven en esta situación una amenaza seria a la virtualidad práctica al sistema de derechos y garantías constitucionales.”*²⁰ Nosotros estimamos por el contrario, que sí es importante fijar los límites del mismo, por tanto, en la definición que se dé del mismo, consideramos que se deben establecer de manera muy clara los parámetros a los que obedece y modalidades a las que está sujeto.

7.2.2.2. Doctrina conciliadora: Debe tener cabida en el ordenamiento jurídico del Estado

Esta postura, denominada por Juan Carlos Montalvo como *“doctrina conciliadora”*, según ésta, se exige que esos principios morales o éticos que

¹⁸ GONZALO QUIROGA, Martha, *op.cit.*, p. 43

¹⁹ “existen cuatro grandes doctrinas acerca del significado real de Orden Público.” MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, p.218

²⁰ *Ibidem.* p.212

constituyen el orden público, deben tener cabida en el marco de la constitución y, en general del resto del ordenamiento jurídico de un Estado. La *“doctrina conciliadora, exigen que el conjunto de principios morales o éticos que conforman la figura del Orden Público deben tener cabida en el marco de la Constitución y, en general, del resto del ordenamiento. La postura es sencilla: no importa que el Orden Público nazca de determinadas convicciones sociales perfectamente instauradas en la sociedad, porque si no encuentra previsión en alguna norma o fuente del ordenamiento jurídico, no dispondrá de reconocimiento real.”*²¹ Estimamos también que esos principios o convicciones sociales, para ser conformantes del orden público, necesariamente deben derivarse del ordenamiento jurídico de un Estado.

7.2.2.3. Doctrina francesa: Deriva de los pronunciamientos de los jueces

La *“Doctrina francesa”* representada por los hermanos Mazeaud estima que los jueces son los que determinan el contenido del orden público en cada caso *“La violación del orden público no se halla subordinada a la infracción de un texto de ley particular. Los tribunales averiguan, en cada especie, si el objeto de la convención o de la obligación es contrario a las necesidades actuales del orden público; tienen por misión determinar ese ámbito.”*²² Toda vez que para algún sector, dar una definición objetiva de Orden Público resulta prácticamente imposible, como es un estándar jurídico abstracto, queda sujeta a la discreción del juez, así, es que se hace éste planteamiento. En éste rumbo Marcial Rubio Correa señala *“tanto el orden público como las buenas costumbres son estándares jurídicos, es decir, normas de contenido variable, que dejan su materia a criterio discrecional del magistrado judicial, encargado en última instancia de resolver estos problemas.”*²³

Esta postura según lo refiere Juan Carlos Montalvo, la conforma la Doctrina francesa y es más práctica, estima que el orden público se deriva de las resoluciones jurisdiccionales; en aquellos razonamientos y argumentos que en cada caso van haciendo los juzgadores es donde se determina el orden público; además éstos son quienes determinan la validez de ese orden público al emitir sus pronunciamientos, en sus sentencias lo van acoplando a esa *“conciencia social”* del ordenamiento jurídico que esté vigente en un Estado determinado. En este tenor Montalvo Abiol apunta: *“Una postura más pragmática acerca de la posibilidad de obtener una idea práctica del concepto de Orden Público, y así una virtualidad jurídica, la encontramos en la doctrina francesa. Partiendo de la idea previa de que la definición objetiva de Orden Público deviene imposible, y hallándose esta figura en tierra de nadie entre la realidad social y la legal, en los pronunciamientos judiciales es donde obtenemos la respuesta. La labor jurisprudencial tiene un importante papel, tanto es así que el criterio del juez o magistrado es el único válido a la*

²¹ *Ibidem.* p. 218

²² MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil.* vol. I, t. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965, p. 283

²³ RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 91

hora de concretar el sentido del concepto “Orden Público”, ajustándolo a la conciencia social del ordenamiento jurídico vigente. Ello es doblemente positivo: beneficia al legislador otorgándole tiempo para adaptarse a la realidad social cambiante.”²⁴ Los jueces o magistrados, apoyados en los principios y valores derivados del ordenamiento jurídico y fines del Estado de que se trate, lo van definiendo y adaptando en casos concretos.

7.2.2.4. Doctrina Clásica: Son reglas no escritas en consonancia con la moral social.

La “doctrina clásica” es una postura de carácter metajurídica y es la tradicional; sobre ésta posición De Bartolomé Cenzano describe “El Orden Público encuentra su marco en aquel conjunto de reglas no escritas que ese mantiene en consonancia con las premisas éticas y morales de la sociedad en tiempo real, beneficiando una convivencia saludable en términos generales. Este conjunto de valores conformarían así una estructura paralela a la jurídico-normativa”.²⁵ En ésta dirección Francesco Messineo²⁶ considera que el orden público no deriva de normas concretas, sino de principios, lo que estimamos parcialmente incorrecto, pues en ocasiones sí deriva de normas concretas como más adelante lo precisamos.

La expresión “metajurídica” la atribuimos a Juan Carlos Montalvo, estima que a pesar de ser la postura tradicional no significa que sea la más sensata.²⁷ Estamos de acuerdo en que no es la postura más sensata, pues estimamos que todos los principios, ya sean éticos, morales, políticos o religiosos, para ser considerados orden público, además, deberán tener apoyo en el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate. Empero, no estamos de acuerdo en la afirmación que “en todos los casos el orden público descansan en reglas no escritas o principios metajurídicos”; pues en ocasiones descansa en reglas escritas; así, por ejemplo, todas las normas jurídicas imperativas absolutas y las prohibitivas absolutas, son normas concretas, reglas escritas y además son de Orden Público; la prohibición de la esclavitud consagrada constitucionalmente como derecho fundamental del ser humano, en el cuarto párrafo del artículo 1º de la constitución mexicana se señala: “*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*” Es una prohibición absoluta, de orden público; y además, escrita.

²⁴ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 218

²⁵ De BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El Orden Público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002. p. 131.

²⁶ “Pero el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas coactivas”. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 47 y 48.

²⁷ “La tercera y quizá más clásica postura en relación al Orden Público es la metajurídica. Es, sin duda, la doctrina más tradicional, aunque no por ello la más razonable. Por ello, la trasgresión de tales preceptos no escritos hacen peligrar la estabilidad social y jurídica.” MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, págs. 218 y 219

7.2.2.5. La Doctrina jurídica

Para la doctrina jurídica, contrario a la metajurídica o clásica, todas las reglas y los principios ya sean éticos, morales, religiosos, políticos, económicos sociales o culturales, tienen que tener sustento jurídico, es decir, serán conformantes del orden público, sólo en la medida que sean reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado. Esta posición así llamada por Juan Carlos Montalvo, repele los razonamientos “metajurídicos” de la postura clásica, razonando que *“el hecho de que algunos planteamientos de carácter ético o social sean compartidos por una mayoría, no justifica de ninguna manera que deban vincular a la totalidad.”*²⁸ Aunque estamos de acuerdo que es la postura más sensata, estimamos que el anterior razonamiento es incorrecto, ya que el orden público no se relaciona necesariamente con el concepto de las democracias, aunque en la mayoría de las veces si hay esa correspondencia; de ser así, jamás se hubieran reconocido los derechos a las minorías, y esos derechos fundamentales reconocidos a las minorías, también son derechos de orden público, irrenunciables, no negociables.

De las anteriores posturas, hay quienes estiman que la más razonable es la Doctrina jurídica.²⁹ Juan Carlos Montalvo considera que la doctrina clásica *“debe ser rechazada desde un primer momento por su extremo peligro para los derechos y libertades cuando son limitados por un mero concepto metajurídico, de carácter mutante, y permeable a la territorialización, que desde luego no tendría ya cabida en la estructuración de la sociedades que han adquirido una elevada uniformidad de la mano del desarrollo industrial y de los medios de comunicación.”*³⁰

Por nuestra parte, estimamos en principio, que si puede haber cierto peligro cuando nos basamos en conceptos que *sólo son metajurídicos*, pues se carecería por completo de sustento jurídico. Empero, en cuanto a la afirmación que estima que el orden público lo conformen principios metajurídicos, no siempre es así, pues la mayoría de principios conformantes de orden público son de carácter jurídico. Lo metajurídico, lo entendemos como aquello que está más allá del ordenamiento jurídico, por ejemplo *los principios puramente éticos, morales, o religiosos*, la pregunta sería: *¿válidamente es posible recurrir a los anteriores principios para la conformación del Orden Público?* Estimamos que no habría una respuesta uniforme, es decir, que en algunas situaciones sí sería válido recurrir a ellos, y en otras no.

²⁸ El último bloque doctrinal viene de la mano de la corriente doctrinal jurídica. Los sectores afines a esta teoría rechazan de pleno los razonamientos metajurídicos, argumentando, para empezar, que el hecho de que algunos planteamientos de carácter ético o social sean compartidos por una mayoría no justifica de ninguna manera que deban vincular a la totalidad. Por otro lado, si el Orden Público dependiera de la consideración de la mayoría, implicaría abandonar el concepto a la especulación, a la mera estimación, con el elevadísimo riesgo que ello comporta. *Ibidem.* p. 219

²⁹ Una vez planteadas las cuatro variantes más importantes para enfrentarnos al concepto de Orden Público, nos disponemos a elaborar un planteamiento. La doctrina más razonable sin duda es la llamada “doctrina jurídica”. *Ibidem.* p. 220

³⁰ *Ibidem.* p. 219

Estimamos que *cuando se trate del reconocimiento o la concesión de derechos fundamentales*, se debe buscar la protección más amplia, decíamos que la interpretación válida sería la extensiva y en ella válidamente podríamos recurrir inclusive a principios de carácter moral, *que vengan a reforzar esa valoración derivada de las normas jurídicas*; empero, estimamos que esto no sería válido cuando se trate del aspecto negativo; es decir, cuando se trate de limitar, suspender o restringirlos; en estos casos por principio, la interpretación que cabe válidamente es la interpretación restrictiva, por lo que; si bien es cierto que, el orden público puede ser una limitante a los derechos y libertades; también lo es que, esas limitaciones no pueden derivarse jamás de consideraciones puramente metajurídicas, sino que deberán necesariamente tener fundamento en la norma fundamental de un Estado, y por tanto ser eminentemente jurídicas.

No vemos en cambio ese peligro que refiere Juan Carlos Montalvo, en cuanto a lo mutante que pueda resultar el concepto de orden público; estimamos que si el concepto de orden público es de carácter mutante y permeable a la territorialización – *como lo refiere Montalvo*–, implica que no es universal, en el sentido de que está relacionado con los valores y fines que corresponden a un Estado determinado, y por lo tanto, al variar de un Estado a otro, debemos derivar que el orden público lo será en relación a un Estado de manera particular, un Estado podrá por tanto tener prioridades consideradas de Orden Público; y para otro, podrían no serlo.

7.2.3. Noción de orden Público

Adentrándonos a la definición de “*Orden Público*”, si partimos del significado gramatical, la palabra *orden* proviene del latín *ordo, ordinis*, es una palabra ambigua, pero, en el significado apropiado al contexto de éste trabajo implica la “*colocación de las cosas en el lugar que corresponde*”.³¹ Así, cualquier organización social del tipo que sea, incluyendo organizaciones más simples que el Estado,³² para funcionar adecuadamente requiere de ese orden, el que las cosas que lo componen estén en el lugar que les pertenece; entre ellos tenemos a la familia, las asociaciones civiles, por ejemplo; por ello, el orden no es privativo del Estado. El Estado por tanto, para realizar sus fines requiere también de un orden, pero a diferencia de los otros órdenes, éste orden es el *Orden Público*, que es el orden por antonomasia, pues está por encima de todos los órdenes sociales.

En un sentido amplio, el orden público se relaciona al ambiente social y político y se entiende como la “*la situación de paz y tranquilidad públicas. El orden*

³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 1627

³² “la necesidad de un orden en otras formas de organización más simples o nucleares como la familia o la sociedad civil y está presente en la filosofía griega y escolástica”. DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *op. cit.*, p. 99

público se da cuando la situación es pacífica y de tranquilidad, y hay desorden, cuando ésta no se da debido a su alteración por medio de algaradas, disturbios, incidentes callejeros.”³³ Olmos Pildain estima que “Con el término **“Orden Público”** el ordenamiento jurídico incluye al normal funcionamiento de las instituciones básicas de la sociedad, la paz social y la convivencia pública.”³⁴ Entonces, el funcionamiento normal de una sociedad incluye también a la convivencia pública y a la paz social.

De manera particular, el Diccionario de la Real Academia Española, define también al orden público como la *“situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”*.³⁵ Lo contrario implicaría, una situación de desorden, caos, conflicto, inseguridad; un Estado donde cada quien hace lo que quiere, sin que haya leyes y/o instituciones que impongan límites e impongan un freno a esa situación antes descrita. Como lo refiere Hauriou *“el estado opuesto al estado de hecho que es el desorden. Es decir, una situación exterior de paz y tranquilidad pública.”*³⁶

Muy parecido al concepto de la Real Academia Española es el que nos proporciona Juan Carlos Montalvo Abiol, quien lo define como *“aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna. En este sentido, –agrega el autor– el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas constituye el componente esencial del Orden Público.”*³⁷

En base a las ideas hasta aquí empleadas, aproximándonos a un concepto más apropiado de orden público, tenemos que se conforma con las reglas y principios esenciales e irrenunciables, así reconocidos por un Estado, considerados básicos para el desarrollo adecuado y pacífico de un conglomerado social; es por tanto, un ingrediente necesario para el funcionamiento normal de un Estado.

Con el afán de construir un concepto apropiado de Orden público apoyándonos en la teoría jurídica, expondremos varias definiciones doctrinales subrayando los elementos comunes para sistematizarlos y así poder construir una definición que considere todos los aspectos que se hayan señalado.

Para Lacruz Berdejo el Orden Público: *“está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios*

³³ DELGADO AGUADO, Julián, et al, *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 17

³⁴ Vid. OLMOS PILDAIN, Asunción, “La libertad de expresión. Especial consideración a la protección jurídica frente a las extralimitaciones en su ejercicio”, *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 1. pp. 17-37, Madrid, 1987, p. 17 y 18

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., págs. 1628 y 1629

³⁶ HAURIOU, Maurice, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926, en IZU BELLOSO, Miguel José. “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978.” *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, pp. 233-254.

³⁷ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, op. cit., p. 220

para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada... se advierte la asimilación del orden público, en la práctica, con las leyes imperativas y prohibitivas y los principios en que ellas se inspiran y que de ellas se deducen."³⁸

Alessandri lo explica como: *"el conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente."*³⁹

La idea de Luis María Olaso, es considerarlo como un: *"Conjunto de principios y condiciones que en una sociedad determinada y en una época dada se consideran necesarias para la existencia y conservación de la organización social establecida"*⁴⁰

Hugo Alsina lo define así: *"el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos de los particulares, porque interesan a las sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados"*.⁴¹

Andrés Ollero lo concibe en los siguientes términos: *"Por orden público no se entiende la ausencia de actividades que puedan perturbar la tranquilidad ciudadana, sino un núcleo duro de derechos y libertades excluidos de toda posible negociación."*⁴²

Marcial Rubio Correa subraya: *"... el orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario."*⁴³

Lázaro Tenorio sobre el orden público establece: *"Es el interés que tiene el Estado en preservar el bienestar social, mediante una regulación jurídica adecuada, donde la voluntad de los particulares no pueda eximir su observancia, alterarla o modificarla."* ⁴⁴

³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Vol. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1977, p. 151 y ss.

³⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, *op. cit.*, p. 211

⁴⁰ OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 74 En éste mismo sentido Vid. CAÑIZARES, Fernando, *Teoría del Estado*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 117. FRESCURA Y CANDIA, Luis P., *Introducción a la ciencia jurídica Volumen I*, Editorial el Foro, Asunción, 1989, p. 133. KRIGER, Mauricio, *La Locación Urbana*, Vol. II, Fundación de cultura Universitaria, Montevideo. 1977. p. 133, 141 y 142

⁴¹ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 58

⁴² OLLERO, Andrés, "Racionalidad, derecho y símbolos religiosos" *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, No. 64, 2011-1, pp. 43-57, Navarra, 2011, p. 52

⁴³ RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, *op. cit.*, p. 94

⁴⁴ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación", *Anales de Jurisprudencia*, Núm, 233, Sección de Previa, 1998, p. 215

Juan Carlos Smith advierte que el orden público es: *“el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”*.⁴⁵

Por último, incluiremos también el concepto de Orden Público nacional contenido en la resolución del Tribunal Supremo español en la Sentencia de 5 de abril de 1966 (RJA, 1966-1684), quien ha definido al orden público como: *“Principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para conservación del orden social en un pueblo y una época determinada.”*⁴⁶

En el caso de la jurisprudencia mexicana, muchas veces es referida la expresión orden público, ya en los rubros o en los textos de las tesis mismas; la Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo ha definido; sin embargo, ha sido criterio constante de la misma sostener que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto. Una tesis aislada del Cuatro Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito así lo considera, y además precisó que es un *“concepto jurídico indeterminado”*. Consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo. XXII, agosto de 2005, p. 1956, bajo el Rubro de: *Orden Público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social.*

Tenemos también una ejecutoria de 2010 del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito donde se definió como: *“Conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad.”*⁴⁷

⁴⁵ SMITH, Juan Carlos, “Orden público”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXI. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1968, p. 56.

⁴⁶ Tribunal Supremo Español, Sentencia de 5 de abril de 1966 (RJA, 1966-1684). Véase también: *“La doctrina española plasmada en la sentencia del Tribunal supremo de fecha 5 de abril de 1996 establece que el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para conservación del orden social en un pueblo y una época determinada.”* DELGADO AGUADO, Julián, et al, *op. cit.*, p. 21. *“nuestro Tribunal Supremo (el español) ha venido indicando que responde a un contenido variable, integrado por aquellos “principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.* Sentencia de 5 de abril de 1966 (RJA, 1966-1684).” CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “El empleo de simbología religiosa en España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie año XXXIX*, No. 116. Mayo-Agosto de 2006, pp.317-350, IIJ-UNAM, México 2006, p. 323

⁴⁷ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en Revisión 195/2010. p. 151 de la ejecutoria respectiva.

Del 2011 una Tesis aislada de Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Novena época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, de mayo de 2011, Tesis: I.3o.C.952 C, pág. 1241, con el rubro de: Orden Público. Su contrariedad es causa de nulidad del Laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal. De la que se desprenden tres conceptos:

Un conjunto de reglas escritas y no escritas, de carácter jurídico, público o privado, que según una determinada concepción ético moral dominante se asume como la condición primigenia y básica para la vida social compuesta por una heterogeneidad de intereses individuales que no destruyen una situación de armonía o equilibrio social sino que, respetándolo, se realizan según la intención de su autor.

Conjunto de principios éticos, ideas o concepciones sociales que formarán la cultura jurídica de un país, para realizarse por los individuos atendiendo a lo previsto en la norma, como la Constitución o la ley, en que se contiene la garantía del respeto a bienes o valores necesarios para la existencia de la sociedad en un determinado momento histórico.

Conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad.

También una Sentencia de 2011 del Juzgado Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal, lo definió como: *“Conjunto de reglas en que reposa el bien común y ante los cuales ceden los derechos particulares porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerarlas.”*⁴⁸

Resaltamos que estos conceptos de los jueces, no aportan nada que no se haya contenido en los que les preceden; a más razón, se construyen a partir de ellos.

Expuestos los anteriores conceptos pasamos a hacer el análisis y sistematización de los mismos para posteriormente elaborar nuestro concepto de Orden Público. Así, tenemos lo siguiente:

Del concepto de José Luis Lacruz Berdejo subrayamos los siguientes elementos:

1.- El primer elemento que refiere el autor en comentario: ***“Los Principios”***, no solamente refiere a los principios jurídicos, sino también dentro de los jurídicos

⁴⁸ Sentencia del expediente 596/2011, pp. 8 y 9. Juez Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal. 7 de septiembre de 2011.

distingue a los públicos y a los privados, a los económicos, a los políticos, a los morales y a los religiosos;

2.- El segundo elemento o aspecto a subrayar es que son *“absolutamente obligatorios para la conservación del orden social”*, el que sean absolutamente obligatorios equivale a decir en primer lugar que esos principios han de ser indispensables al grado de “absolutamente obligatorios” para preservar el orden social; y en segundo lugar, que son ineludibles, en el sentido de que no podemos los particulares sustraernos de ellos, que no se pueden negociar o renunciar; en suma, no cabe en ellos la voluntad de las partes; y

3.- El tercer elemento y último aspecto lo conforman las pautas para identificar aquellas leyes que son de orden público, siendo los siguientes: *“las leyes imperativas”, “las leyes prohibitivas” y los principios* que se relacionen o deriven de ellas. Este último aspecto, no estimamos que sea un elemento de tipo conceptual, sino un criterio para identificarlo, por lo tanto, prescindiremos de él al momento de construir la definición.

Del concepto de Arturo Alessandri destacamos los siguientes elementos:

1.- Coincidiendo con Lacruz Berdejo, señala como elemento de la definición los *“Principios”*, aunque no incluye de manera expresa a los jurídicos, sin embargo, sí a los religiosos; estimamos que los da por sobre entendido, pero consideramos que en el concepto que se elaborará deben ser considerados en primer lugar los principios jurídicos.

2.- El segundo elemento: la *temporalidad o espacio temporal*, es un referente importante del concepto, ya que de un momento a otro, según los fines propuestos por el estado, podría variar el contenido del orden público.

3.- El último elemento: *“que permiten el desenvolvimiento adecuado de una organización”*; este último es el elemento distintivo y definitorio del orden público, pues se justifica en función de ese desenvolvimiento correcto y adecuado de una organización social.

De la definición de Luis María Olaso derivamos lo siguiente:

1.- El primer elemento, coincidiendo con los precedentes, señala como elemento de la definición los *“Principios”*, sin explicar el tipo de principio, pero creemos que con relación al segundo elemento, podrían derivarse estos principios

2.- El segundo elemento lo constituye el *“ámbito espacial”*, esto es, que esos principios no derivan de cualquier sociedad, sino de una sociedad determinada, lo

que podríamos interpretar que es en función de los rasgos culturales, sociales, políticos, económicos y jurídicos de esa sociedad particular de que se trate, de donde derivarán esos principios.

3.- El tercer elemento lo conforma el conjunto de “*condiciones*” entendida como *presupuestos* indispensables para la existencia y conservación de una organización social.

4.- El cuarto elemento es alusivo al *espacio temporal*. Como previamente lo señalamos, este elemento es un referente importante del concepto, ya que de un momento a otro, podría variar el contenido del orden público según varíen los objetivos o la visión que un estado determinado tenga en un tiempo determinado.

3.- El último elemento: “*necesarias para la existencia y conservación*”; este último es un elemento definitorio del orden público, pues sólo los principios y condiciones que sean necesarias para la existencia y conservación de la organización social, podrían considerarse orden público.

Sobre la definición de Hugo Alsina fijamos lo siguiente:

1.- El primer elemento que señala “*conjunto de reglas*”. No emplea la palabra principio, sino que emplea la palabra regla. Un principio es más amplio que una regla, un principio es algo abstracto, puede deducirse o derivarse a través de inferencias; en cambio, una regla es concreta. Así, por ejemplo las “*leyes imperativas*” y las “*leyes prohibitivas*”, estrictamente son reglas y no principios. Estimamos que sería correcto que en la definición que sobre el orden público se construya, se contengan de manera separada a “*las reglas*” de los “*principios*”.

2.- El segundo elemento a destacar es: “*en que reposa el bienestar común*”. Lo que conlleva a que, sólo las reglas en las que descansa la consecución del bien común pueden considerarse que conforman el orden público; por consiguiente aquellas reglas que no tienen que ver con el bien común, sino sólo sobre bienes individuales o particulares, no constituyen el orden público, y por lo tanto la voluntad de los particulares válidamente puede eximir de la observancia de ellas.

3.- El tercer aspecto a resaltar es el siguiente: “*ceden los derechos de los particulares, porque interesan a las sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados*”, Lo anterior es así, habida cuenta que se considera que el bien común está por encima del bien particular o individual, por ello que en el concepto se exprese esa referida cesión de los derechos particulares ante los derechos de la colectividad. Aunque lo anterior así es, desde nuestra perspectiva creemos que no sería esencial al concepto de orden público, aunque en aras de ser explicativo, lo incluiremos.

Respecto del concepto de Andrés Ollero indicamos lo siguiente:

1.- El primer elemento de la definición es de tipo negativo: “*no se entiende la ausencia de actividades que puedan perturbar la tranquilidad ciudadana.*” Se estima que éste elemento puede ser ingrediente de definición, definir no es decir lo que no es el ente; más bien es señalar las características positivas que lo distinguen, que lo delimitan, que lo definen como lo que es, distinguiéndolo de otros entes que pudieran ser semejantes.

2.- El elemento relevante de la definición analizada es el siguiente: “*un núcleo duro de derechos y libertades excluidos de toda posible negociación*”. De los derechos fundamentales se considera que el núcleo duro es aquella parte que no puede ser quebrantada, limitada, suspendida o restringida; por ejemplo en el núcleo duro de derechos humanos estaría el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de servidumbre; por el contrario no lo serían, el derecho a la libertad de circulación, el derecho a buscar asilo, a la nacionalidad, por no ser considerados obligatorios de manera universal.⁴⁹ Lo que daría el carácter de núcleo duro a esos derechos y libertades, es que no pueden ser renunciados, no se puede transigir sobre ellos, comprometer en árbitros, pues están fuera de toda negociación, por ello es que ese núcleo duro conforma el orden público. Desde nuestra perspectiva creemos que no sería relevante al concepto de orden público, no obstante en aras de ser esclarecedor, lo podríamos incluir.

De la definición de Marcial Rubio Correa advertimos lo que sigue:

1.- Nos parece interesante que el primer elemento de la definición sea: “*un conjunto de normas jurídicas*”, en los conceptos anteriores se referían a principios, a reglas y no propiamente de normas jurídicas. Si bien es cierto que “la norma está constituida por: valores sociales que la colectividad ha decidido proteger y regular, independientemente de su manera de presentarse.”⁵⁰ Las normas jurídicas son reglas de conducta humana, además bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Sería incorrecto identificar a la norma jurídica con las leyes, pues éstas últimas son tan sólo una especie de norma jurídica, pero de carácter general y abstracto, creada por el órgano legislativo a través del procedimiento señalado para ello. Un reglamento también sería una especie de norma jurídica, también de carácter general y abstracto, pero creado por el Poder Ejecutivo, para proveer en la esfera administrativa a la

⁴⁹ En cambio, otros derechos, como el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad y el derecho a buscar asilo, no pueden ser considerados (núcleo duro) obligatorios de manera universal, dado que los Estados no han manifestado su voluntad política en este sentido. Villán Durán citado en ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, et al, “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de ius cogens?”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana, No. 12, pp. 13-34, Bogotá, 2008, p. p 24 y 25

⁵⁰ SOTO GAMBOA, María de Los Ángeles, *Nociones Básicas de Derecho*, 2ª Ed. UENED, San José, 2005, p.17

exacta observancia de la ley. Para los efectos del concepto que construiremos, emplearemos la expresión regla por norma jurídica, ya que en la primera se incluye ésta última.

2.- El segundo elemento: *“de cumplimiento ineludible”* es decir, de cumplimiento estricto o forzoso, *excluidos de toda posible negociación* o renuncia; no cabe en ellos la voluntad de las partes para modificarlos o alterarlos.

3.- El último elemento indica en primer lugar, la posición del estado ante ellas, pues de sus *márgenes no puede escapar la conducta de los órganos del Estado, pues deberán siempre respetarlas y buscar en todo momento el respeto y cumplimiento de las mismas*; y en segundo orden de los particulares ante dichas normas, lo que implica que no están a merced de la voluntad de los particulares, por ello el que no puedan ser alteradas o modificadas por el libre querer individual, no se pueden negociar, y si acaso llegaran a ser motivo de negociación, por ser inalterables, derivarían en la nulidad de la convención o declaración unilateral de voluntad.

La definición de Lázaro Tenorio es un cuanto abstracta, no obstante, de ella evidenciamos lo siguiente:

1.- Variando un poco el orden en que aparecen plasmados en el concepto, destacaremos como primer elemento la expresión: *“una regulación jurídica adecuada”*. El empleo una *“regulación jurídica”* nos lleva en primer lugar a lo que en los análisis anteriores identificamos como *“reglas”* y a ello nos ajustaremos en la definición que se propondrá; en segundo lugar, el que la regulación jurídica sea *“adecuada”*, quiere decir que esas reglas deben ser las apropiadas, las convenientes, las oportunas para la preservación del bien social; de no haber esta correspondencia no estaría justificando ese supuesto *“orden público”*.

2.- El segundo elemento: *“preservar el bienestar social”*, es el elemento de la definición que justificaría el orden público, pues como ya se ha señalado, éste siempre se basa en la supremacía del bienestar colectivo por el bienestar individual.

3.- El último elemento de la definición: *“la voluntad de los particulares no pueda eximir su observancia, alterarla o modificarla.”* Como observamos, éste elemento alude a la posición de la voluntad de los particulares ante tales reglas y ya se ha precisado que son normas inalterables por voluntad particular.

De la definición de Juan Carlos Smith marcamos lo siguiente:

1.- Esencialmente los elementos son los mismos, pero expresados en otras palabras. El primer elemento: *“condiciones fundamentales de vida social”*. Condiciones fundamentales debemos entender que son requisitos o presupuestos básicos,

primordiales, esenciales sin los cuales se daría la vida en sociedad. Éste elemento se identifica con lo referido en el análisis del primer elemento *in fine* y del segundo, en relación al concepto de Lázaro Tenorio.

2.- El segundo elemento del concepto: *“por afectar centralmente a la organización de ésta”*. Equivale a decir, que todo lo que afecta al núcleo de la organización del estado, es contrario al orden público, por tanto todas aquellas situaciones, declaraciones o convenciones particulares que afecten el corazón de la organización estatal, son contrarias al orden público; y por el contrario, aquellas que busquen la salvaguarda y/o favorezcan la organización central del estado, son de orden público y si son reglas o leyes, no pueden ser renunciadas.

3.- El tercer elemento: *“no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”*. Sobre el particular, también se ha comentado ya previamente, es decir, el orden público se conforma con normas que son inalterables de dos maneras: internamente o externamente. Internamente, en relación al estado mismo, hacia lo interior, por lo que, bajo éste punto de vista, las normas de orden público no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. Externamente se da en la comunidad internacional, es de un estado hacia otro, e implica que, una norma jurídica de un estado no puede aplicarse en otro, cuando sea contraria al orden público de éste último. El mérito de ésta definición es que agrega un elemento, el aspecto exterior del orden público.

De la definición del Tribunal Supremo Español reseñamos lo siguiente:

1.- El primer elemento de la anterior definición son los *“Principios”*, igual que el de Lacruz Berdejo, no solamente refiere a los principios jurídicos, sino también los políticos, económicos, morales y los religiosos;

2.- El segundo elemento a destacar es que son *“absolutamente obligatorios para la conservación del orden social”*; por ende esos principios han ser indispensables al grado de *“absolutamente obligatorios”* para preservar el orden social.

En base al análisis y sistematización previamente hecha, el concepto propuesto es el siguiente:

El orden público se conforma por aquellas reglas y principios jurídicos, públicos y privados, morales, políticos, sociales, económicos e incluso religiosos; así como las condiciones o presupuestos que son absolutamente obligatorios e ineludibles y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, pues la voluntad de éstos últimos no se puede eximir de su observancia, ni alterarla o modificarla; ni en su caso, por la aplicación de normas extranjeras, ya que son necesarios para la conservación del orden

social y desenvolvimiento correcto y adecuado de una organización social establecida y en una época determinada, en los que reposa el bienestar común y ante los cuales ceden los derechos de los particulares, porque interesan a las sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados, constituyendo un núcleo duro de derechos y libertades excluidos de toda posible negociación, para lo cual, de ser necesario, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas.

7.2.4. El Orden Público interno y el externo

El orden público tiene dos dimensiones: el orden público interno y el externo;⁵¹ la primera se entiende hacia el interior de un Estado y que además, es la postura que tradicionalmente se tiene del mismo; y la segunda dimensión que es la externa; así, tenemos un orden público interno y un orden público externo; en el primero de los casos hablamos de las *normas de orden público*; en el segundo nos referimos generalmente a la *“excepción de orden público”*. Eli Rodríguez recalca que *“es común confundir entre el orden público en el derecho interno (denominado “normas de orden público”) y el orden público en el derecho internacional privado (denominado “excepción de orden público”).”*⁵² Aunque a consideración de Jorge Mario Magallón, el único orden público que existe es el interno, y cuando se rebasan sus fronteras se convierte en orden público internacional.⁵³

Es preciso destacar también que, la función del orden público en el derecho interno y en el derecho internacional es distinta, *en el derecho interno actúa limitando la autonomía de la voluntad de los particulares impidiendo su plena eficacia; y en el derecho internacional impide la aplicación de leyes extranjeras.*⁵⁴ Esto último constituye lo que se ha denominado la *“excepción de orden público”* que como previamente fue señalado, sólo se da en el campo del derecho internacional privado y que más adelante será analizado.

7.2.4.1 El Orden público interno o nacional

⁵¹ “el denominado orden público interno, que ha de distinguirse del orden público internacional. El mismo, por consiguiente, resulta, además que, como es obvio, de las normas de derecho público, de las de derecho privado, llamadas, precisamente coactivas [...]” MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 47 y 48.

⁵² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, “El reconocimiento de matrimonios homosexuales extranjeros en México y la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal: Un cambio en el orden público interno”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 37, Sección Previa, pp. 231-262, México 2007, p. 237

⁵³ “A nuestra manera de ver, sólo existe un orden público, el nacional; pero llega un momento en que sus efectos rompen el marco territorial para el cual fueron creados, y se desbordan más allá de sus fronteras, y entonces, ese orden público nacional se convierte, por sus efectos, en orden público internacional.” MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *Revista de la Facultad de Derecho de México, IJJ-UNAM*, No. 59, México, 1965, p. 674

⁵⁴ *Ibidem*. p. 676

Según Messineo, refiriéndose al orden público interno,⁵⁵ lo conforman *sólo algunas normas de derecho privado* del ordenamiento jurídico italiano *y por las normas jurídicas de derecho público* del mismo y es considerado como “el conjunto de los principales fundamentales, por los cuales está conformado el orden jurídico italiano, y el correspondiente interés en que **determinados principios encuentran aplicación incondicional.**” De acuerdo a José Luis Lacruz Berdejo, el orden público interno se conforma por los principios *jurídicos, morales y religiosos* inclusive, enteramente obligatorios para la consecución de orden social en una época y lugar determinados, “[...] se advierte la asimilación del orden público, en la práctica, con las leyes imperativas y prohibitivas y los principios en que ellas se inspiran y que de ellas se deducen.”⁵⁶ En ésta misma tesitura Fernández Rozas lo define como “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado.”⁵⁷

En base a las ideas expuestas por Messineo y Lacruz Berdejo, podemos colegir que, *el orden público interno está conformado por todas las normas jurídicas de un Estado y época determinados*, con las siguientes precisiones; *todas las que sean de derecho público serán de orden público; y las de derecho privado, únicamente aquellas que limiten la autonomía de la voluntad y por ende sean irrenunciables entre las cuales encontramos a las imperativas y prohibitivas.* Las supletorias o permisivas, no lo serían ya que éstas últimas pueden ser alteradas por voluntad de los particulares. Así, el orden público interno “constituye una limitación a la autonomía de la voluntad, es decir, no puede pactarse disposición en contrario,”⁵⁸ Respecto a las normas de orden público o imperativas, no cabe la autonomía de la voluntad,⁵⁹ por tanto, no pueden ser negociadas por las partes.

7.2.4.1.1 Características del orden público interno

Las características del orden público interno las describe Rodríguez Martínez y son las siguientes:⁶⁰

⁵⁵ Son tales las normas de derecho público; son a veces de este tipo, las normas de derecho privado, y se llaman entonces de orden público -interno-. Por «orden público interno», en contraposición a «orden público internacional». Se entiende el conjunto de los principales fundamentales, por los cuales está conformado el orden jurídico italiano, y el correspondiente interés en que determinados principios encuentran aplicación incondicional. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 151 y ss.

⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, et al., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 381.

⁵⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, *op. cit.*, p. 237

⁵⁹ Se otorga la calificativa de normas de orden público a leyes que algunos autores llaman imperativas, porque en ellas se elimina la autonomía de la voluntad. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *op. cit.*, p. 662

⁶⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, *op. cit.*, p. 239

a) **Es temporal.** Ya que se actualiza y cambia con el tiempo, así que lo que en un momento puede ser contrario al orden público, en otro momento puede no serlo.

b) **Es variable.** Cambia de un país a otro. Dependiendo de cuestiones sociales, políticas, culturales, geográficas, o de los fines específicos que cada Estado se propone.

c) **Constituye un mecanismo de protección del orden jurídico nacional.** Es un medio del que se vale el juez para evitar la aplicación del derecho extranjero.

7.2.4.2. El Orden Público externo o internacional

Del análisis previo, al estar haciendo la depuración y sistematización, de la información, advertimos una serie de contrariedades en relación a éste punto, algunos autores lo refieren pero en alusión al orden público internacional *en el campo del derecho internacional público*; y otros cuando lo definen, lo hacen *en el campo del derecho internacional privado*, y estimamos que en cada uno de esos ámbitos el **Orden Público externo o internacional** tiene una connotación distinta, por ello en el desarrollo de éste punto, haremos las precisiones conducentes.

7.2.4.2.1 En el contexto del *Derecho Internacional Público*

Sobre la definición de *orden público internacional* Varón Mejía lo concibe “como un conjunto de normas que pueden provenir de los tratados, la costumbre, principios generales o incluso pueden ser reglas morales... siempre y cuando esas reglas detenten un carácter general y esencial para la existencia de la comunidad internacional en una época determinada.”⁶¹ La concepción de éste autor, estimamos que tiene relación con el aspecto del *Derecho internacional público* al estimarlo como *las normas o reglas que detenten un carácter general y esencial para la subsistencia de la comunidad internacional*.

Tenemos también otro concepto de Orden Público internacional en el contexto del *Derecho Internacional Público*, y conforme a Fernando Meriño, el orden público internacional *se basa en los valores fundamentales reconocidos en la Comunidad internacional y que son: la Paz y la Seguridad internacionales; así como la Dignidad de los seres humanos*. Con ellos se da lugar a la conformación de las normas de *Derecho Internacional General conocidas como “ius cogens”*, existen como normas sintéticas que por naturaleza son pocas, además son también *normas generales*

⁶¹ VARÓN MEJÍA, Antonio, “Orden Público internacional y normas IUS COGENS: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, No. 32, 2010, pp. 211-229, Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, Bogotá, 2010, p.222

imperativas, y se expresan por lo general como prohibiciones de conductas que lesionan los respectivos valores.

En efecto, “la noción de orden público internacional expresa la vigencia de los valores fundamentales de la Comunidad internacional que son esencialmente dos, la paz y seguridad internacionales, de una parte y de la dignidad de la persona humana, de la otra... El grado de aceptación, reconocimiento y protección jurídica internacional de esos valores ha alcanzado en la conciencia de la Humanidad un nivel tal que ha originado la formación de normas de Derecho internacional general de *ius cogens*... En la práctica, las normas generales imperativas vienen formuladas de un modo sintético como prohibiciones de conductas que se estiman gravemente lesivas para los valores protegidos. Por ello, son pocas y su aparición en el ordenamiento internacional ha planteado desde la década de 1970 un conjunto de cuestiones nuevas, aún no resueltas, que atañen a la naturaleza, estructura y funciones de aquél, es decir a su misma constitución.”⁶² Algunas de esas normas de Derecho Internacional General de *ius cogens*, “cuya vigencia no cabe dudar como es el caso de cada una de las que prohíbe la violación (lo mismo en cada caso individual que en los supuestos de las violaciones más graves, cuando éstas son cometidas de modo flagrante y/o sistemático) de *los derechos humanos fundamentales que constituyen el estándar mínimo universal inderogable*; el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a torturas o a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y el derecho a un proceso debido, en particular en caso de ser acusado penalmente.”⁶³

A partir de las anteriores definiciones de *Orden Público internacional* en el contexto del *Derecho Internacional Público* podemos subrayar los siguientes elementos:

1.- Lo conforman aquellas *normas o reglas que detenten un carácter general y esencial para la subsistencia de la comunidad internacional*.

2.- *Se basa en los valores fundamentales* reconocidos en la Comunidad internacional como la **Paz** y la **Seguridad** internacionales; y la **Dignidad** de los seres humanos.

3.- Se pretende con ellos dar lugar a la creación de las normas de *Derecho Internacional General: ius cogens*,

⁶² MARIÑO MENENDEZ, Fernando M., “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público internacional”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo II, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Catálogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, No. 105, pp. 826-832, Sevilla, 2005, p. 825

⁶³ *Idem*.

4.- Son *normas sintéticas* que esencialmente son pocas.

5.- Son *reglas generales imperativas*, y se manifiestan comúnmente en prohibiciones a comportamientos que dañan los respectivos valores protegidos.

7.2.4.2.1.1 Características del Orden Público internacional en el contexto del Derecho Internacional Público.

También en base a lo anterior, se estima que las características del Orden Público internacional en el contexto del Derecho Internacional Público serían las siguientes:

a) **Es permanente.** Ya que una vez que son reconocidos por la comunidad internacional son de carácter general e inderogables, en el sentido que no se puede retroceder o desconocer.

b) **Es universal.** Porque vale para todos los Estados de la Comunidad internacional.

c) **Es inconcluso.** Porque no se agota en los principios y normas ya existentes, es factible que, aunque de manera paulatina, con el devenir del tiempo *–y de hecho así se han ido conformando–*, la comunidad internacional irá reconociendo nuevas normas de derecho internacional general de *ius cogens*.

d) **Su prevalencia** se da sobre cualquier norma jurídica, incluso contra disposiciones de la constitución de un Estado,⁶⁴

c) Constituye un **mecanismo de protección** del orden jurídico internacional.

7.2.4.2.2 El Orden Público externo o internacional en el contexto del Derecho Internacional Privado

En cambio, para Magallón Ibarra, *“El orden público externo o internacional, estará constituido por aquellas normas prohibitivas y forzosamente obligatorias, tanto para los nacionales de dicho estado como para los extranjeros, pues estas normas contendrán efectos de las relaciones de ese Estado con los otros Estados.”*⁶⁵

⁶⁴ “una norma de *ius cogens* internacional general también exige ser hecha prevalecer sobre cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal. Si no fuera hecha prevalecer por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquel incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería *invocable* por los procedimientos regidos por el propio Derecho internacional. Así, puesto que todas y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, obligaciones frente a la Comunidad internacional cuyo cumplimiento puede ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los Estados, también todos estos pueden *invocar* tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido individualmente “lesionados”, exigir una reparación plena. *Ibidem*. p. 827

⁶⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *op. cit.*, p. 675

De modo similar lo describe Duncker Biggs, cuando se refiere a las leyes de orden público internacional precisando que son *“aquellas que se dictan para todos los que residen en el territorio, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, y que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales.”*⁶⁶

Las anteriores definiciones de orden público internacional, guardan relación con el *Derecho internacional privado*. Sin embargo, el propio Duncker señala que esas leyes de orden público internacional, *admiten excepciones*, pero aclara que esas excepciones derivan del *Derecho Internacional Público*; así, las leyes de un Estado *“no se aplican imperativamente a los Estados extranjeros, a sus soberanos o jefes, a los representantes diplomáticos, a los ejércitos de otro país que atraviesan el territorio con permiso del Gobierno, a los buques o aeronaves de guerra de otras naciones, a las legaciones extranjeras y a los archivos consulares.”*⁶⁷

De igual manera, cuando Magallón Ibarra refiere a la función del orden público en el derecho interno y en el derecho internacional, sí hace la advertencia de que *el efecto de oponerse a la aplicación de la ley extranjera, lo es en el Derecho internacional privado*.⁶⁸ De lo anterior advertimos que es distinta la posición del Derecho internacional público, en relación internacional al privado; y por ende, la concepción y los efectos del Orden Público internacional en relación a cada uno de ellos.

De los anteriores conceptos podemos derivar los siguientes elementos:

1.- Son las normas o reglas que derivan del ordenamiento jurídico de un Estado determinado y se requieren para la subsistencia del mismo en un tiempo determinado.

2.- Son normas generalmente prohibitivas o imperativas y forzosamente obligatorias en un Estado por conformar su derecho; por lo que son inderogables por voluntad particular.

⁶⁶ DUNCKER BIGGS, Federico, *Derecho Internacional Privado (Parte General)*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, No. 9. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, p. 86

⁶⁷ La anterior regla “sólo tiene algunas excepciones consagradas por el Derecho Internacional Público, según el cual un buen número de las leyes que estamos estudiando no se aplican imperativamente a los Estados extranjeros, a sus soberanos o jefes, a los representantes diplomáticos, a los ejércitos de otro país que atraviesan el territorio con permiso del Gobierno, a los buques o aeronaves de guerra de otras naciones, a las legaciones extranjeras y a los archivos consulares. *Ibidem*. p. 87

⁶⁸ Sobre la función del orden público en el derecho interno y en el derecho internacional señala: *“En el derecho interno impide la plena eficacia de la autonomía de la voluntad; en el Derecho internacional privado se opone a la aplicación de la ley extranjera.”* MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *op. cit.*, p. 676

3.- Son normas que el Estado aplica a todos quienes residen en su territorio sean nacionales o extranjeros; inclusive transeúntes.

4.- Son normas que contienen efectos de las relaciones de ese Estado con los otros Estados; de tal modo que de no aplicarlas se lesionaría la soberanía Estatal.

7.2.4.2.2.1 Características del orden público internacional en el contexto del Derecho Internacional Privado.

En mérito de lo anterior, consideramos que las características del Orden Público internacional en el contexto del Derecho Internacional Privado son:

a) **Es temporal.** Ya que se actualiza y cambia con el tiempo, así que lo que en un momento puede ser contrario al orden público, en otro momento puede no serlo.

b) **Es variable.** Cambia de un país a otro. Dependiendo de cuestiones sociales, políticas, culturales, geográficas

c) **Constituye** un mecanismo de protección del orden jurídico nacional. Es un medio del que se vale el juez para evitar la aplicación del derecho extranjero.

7.2.4.2.2.2 La excepción de Orden Público

La excepción de orden público es una cuestión eminentemente de derecho internacional privado. Conforme a Elisur Arteaga Nava, ésta excepción se puede invocar *“cuando en virtud de la remisión resulta que una regla o una norma material extranjera es contraria al sistema normativo del juzgador, sea fundamental o secundario, imperativo o prohibitivo, debe negar su aplicación, pues ante todo debe respetar su propio marco jurídico.”*⁶⁹ En virtud de que el derecho extranjero que fuere aplicable según las reglas generales de derecho internacional privado no puede aplicarse cuando resulte contrario al orden público del país.⁷⁰

Cabe explicar que lo anterior no implica que *sólo pueda tenerse al orden público como excepción a la aplicación de normas extranjeras*, pues en ello consiste efectivamente la *“excepción de orden público”*. Sino que, el orden público puede tenerse también como excepción a la aplicación de normas internas, si esas normas jurídicas son contrarias al orden público del Estado de que se trate, tal es el caso de aquellas leyes vigentes que son contrarios a principios y valores de la constitución de un Estado, a través del control directo de la constitucionalidad o inclusive del difuso se puede remediar a través de la interpretación conforme y extensiva, se puede

⁶⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 97

⁷⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *op. cit.*, p. 662

obtener que se declare la inconstitucionalidad de la ley en el primero de los casos, al menos lograr que no se aplique al caso particular en el segundo de ellos, por contravenir a los principios y valores constitucionales, y que de aplicarse se estaría vulnerando el Orden Público. De manera semejante lo considera Elvira Benayas subrayando que “el orden público ha servido como excepción a la aplicación de normas y al reconocimiento de instituciones que, en momentos posteriores, a través de una interpretación atenuada de aquél, se les han reconocido algunos efectos. En este caso, él actúa como elemento modulador en las tensiones entre identidad cultural y los principios y valores del Estado de acogida.”⁷¹

Las características que se obtienen de la aplicación de la excepción de orden público según Elí Rodríguez son:⁷²

a) *Cuando hay conflicto de normas*, el derecho extranjero puede violentar los principios o instituciones fundamentales del orden jurídico interno; no basta que viole el derecho nacional. Por tanto, una violación cualquiera al derecho nacional, no justifica la aplicación de la excepción de orden público. *El derecho nacional que se estime violado, debe constituir una norma de orden público.*

b) La aplicación de la excepción de orden público *implica el rechazo de la aplicación del derecho extranjero.*

c) El rechazo en la aplicación del derecho extranjero conlleva a la aplicación del derecho nacional: *lex fori.*

⁷¹ ELVIRA BENAYAS, María Jesús, “Introducción a ciertas cuestiones del derecho de familia en las sociedades multiculturales”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 18, 2008-II, pp. 149-163, Madrid, 2008, p. 162

⁷² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, *op. cit.*, p. 239

7.2.5. Algunas connotaciones (particularidades) del orden público

Habida cuenta que existen varias nociones de *orden público*,⁷³ es preciso hacer algunas acotaciones para aclarar el significado.

7.2.5.1 Como presupuesto de la vida ordenada del Estado

El orden público y el Estado no pueden sino coexistir, son yuxtapuestos. *“Estado y Orden Público han ido de la mano desde el principio de los tiempos, siendo el primero el medio a través del cual se genera una vida ordenada, proporcionando un compendio de ventajas a sus nacionales, y que se concreta en un régimen jurídico.”*⁷⁴ Lo anterior es así ya que el orden público es imprescindible para la realización normal del Estado; sin el orden público el Estado sería caótico y difícilmente podría realizar sus fines.

En una comunidad social, el orden público se considera como el núcleo, como el aspecto central, el más sólido y perdurable del orden social. Por ello es que el orden público sea tenido como “el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables”. Se lo considera sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada. Es objeto de una fuerte reglamentación legal, para su tutela preventiva, contextual, sucesiva o represiva.”⁷⁵

Para Gregorio Peces-Barba, el orden público busca armonizar los valores superiores de todas las perspectivas de la realidad social privilegiando el interés colectivo por el individual y para poder lograrlo se vale de la ciencia jurídica.⁷⁶

7.2.5.2 En el Derecho interno público

El orden público implica *restricciones a la libertad individual cuando esas restricciones son necesarias para lograr el beneficio comunitario*; por ello es que esté inspirado siempre en la consecución del bien en aras de la conveniencia de la colectividad. “El orden público tiene una función normativa estricta, que restringe la

⁷³ “Se ha entendido que existen varias nociones de orden público aplicables a la materia de derecho internacional privado; otra, la que maneja el derecho público (art. 6º. Constitucional), y una más, a la que alude el derecho civil con el término interés público (art 8º del Código Civil del Distrito Federal.)” ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 95

⁷⁴ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, “Concepto de Orden Público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 22, 2010-II, pp. 197-222, Madrid, 2010, p. 205

⁷⁵ Consultable en: <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=404>, recuperado el 15 de diciembre de 2013.

⁷⁶ “los valores superiores con dimensiones en todas las perspectivas de la realidad lo son del Derecho y se construyen a través del Derecho como forma de organización de la vida colectiva” PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 82 y 83

libertad individual, considerando la importancia y funciones sociales de cada institución regulada,”⁷⁷ y también considera que tiene una significación de equidad, yendo más allá de los intereses particulares o privados, pues el orden público se identifica y encarna enteramente en lo social orientado la consecución de un ideal de justicia.

El orden público en el derecho interno público en general, pero sobre todo en el derecho constitucional, *constituye un límite para el ejercicio de derechos individuales y sociales*. Por ejemplo, un límite establecido en el artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos es el que tienen los extranjeros para adquirir el dominio directo de tierras en lo que se considera como la faja prohibida; el límite al ejercicio de la libertad religiosa,⁷⁸ o el que se impone también a los ministros de los cultos, por citar algunos.

En suma, todos aquellos deberes que se imponen “*mandatos u órdenes*”, así como los “*límites*”, “*prohibiciones*”, “*restricciones*” o “*suspensión*” de derechos o libertades que se encuentre *establecida en las normas jurídicas de derecho público*, conforman orden público, pues se estima que son hechas por razones de orden público; entonces, el orden público es una razón muchas de las veces empleada por el legislador para imponer deberes o para limitar derechos. Elisur Arteaga estima que el legislador “*al dictar leyes que prohíben, limitan, sancionan, inhiben, o al atribuirles el carácter de imperativas, lo hacen, entre otras cosas, por razón de orden público.*”⁷⁹ El *constituyente o legislativo*, en una época y lugar determinados son quienes juzgan esa conveniencia para incorporar ese carácter al momento de crear las normas jurídicas.

También, el orden público es un recurso del que pueden disponer para las autoridades administrativas y jurisdiccionales para fundamentar algunas resoluciones. En ésta dirección escribe Arteaga Nava: “*Orden público es la posibilidad de que una autoridad diversa de la legislativa constituyente u ordinaria, cuando carece de elementos positivos para fundar una determinación recurra a la ratio legis (motivos que tuvo el legislador para sancionar una conducta) y resuelva el asunto sometido a su consideración.*”⁸⁰

Además de lo ya señalado existen artículos de la constitución mexicana que hacen referencia expresa al orden público y son los siguientes:

⁷⁷ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “El orden público en el derecho familiar mexicano”, *Panorama internacional de derecho de familia, culturas y Sistemas jurídicos Comparados*, t. I IIJ-UNAM, México, 2006, p. 20

⁷⁸ La cláusula “orden público” como límite expreso y concreto al ejercicio de las libertades religiosa y de culto. GARCÍA COSTA, Francisco M., “Los Límites de la Libertad Religiosa en el Derecho Español”, *Dikaion*, Núm. 16, pp. 195-210, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2007, p. 203

⁷⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 96

⁸⁰ *Ibidem*. 98.

Artículo 60. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el **orden público**; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de **orden público**, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Noveno párrafo del Artículo 94. ...

Los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad se substanciarán y resolverán de manera prioritaria cuando alguna de las Cámaras del Congreso, a través de su presidente, o el Ejecutivo Federal, por conducto del consejero jurídico del gobierno, justifique la urgencia atendiendo al interés social o al **orden público**, en los términos de lo dispuesto por las leyes reglamentarias.

El artículo 115 fracción VII. La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquella acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del **orden público**.

El artículo 122, Base quinta, inciso F. La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, o en sus recesos, la Comisión Permanente, podrá remover al Jefe de Gobierno del Distrito Federal por causas graves que afecten las relaciones con los Poderes de la Unión o el **orden público** en el Distrito Federal. La solicitud de remoción deberá ser presentada por la mitad de los miembros de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso.

El segundo párrafo del Artículo 130. Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de **orden público**.

7.2.5.3 En el derecho interno privado

El concepto general de orden público implica un límite a la libertad individual y cada Estado señala esos límites a través del orden jurídico interno; en lo que atañe al aspecto privado, esa libertad se ve perjudicada por *el límite a la autonomía de la voluntad de los particulares en las relaciones contractuales*⁸¹ de manera principal,

⁸¹ “El concepto de orden público se entiende, en términos globales, como un límite impuesto por el interés general a la libertad individual manifestada a través de la autonomía de la voluntad de los sujetos en sus

más no exclusivamente, ya que además del contrato, el derecho privado reconoce otras fuentes de obligaciones.

Cuando el legislador ha limitado la libertad contractual lo ha hecho en función del orden público partiendo del el interés colectivo. En éste rumbo, Morales Godo aludiendo a la legislación peruana recalca: *“Nuestra legislación se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad. La regla primaria es que la libertad de los sujetos es la principal fuente generadora de las relaciones jurídicas, y el orden público se convierte en el límite a dicha libertad contractual, límite que, como hemos visto, obedece a intereses colectivos que se priorizan sobre los intereses de los particulares.”*⁸² De lo anterior tenemos, por ejemplo, cuando el contrato de trabajo estaba dentro de los contratos regulados por el derecho civil, regía respecto a ellos los principios propios del derecho civil, tales como *“res inter alios acta”*, o *“pacta sunt servanda”*, lo que comúnmente provocaba un desequilibrio entre las partes contratantes; de allí que en aras del orden público, el Estado tuviera que intervenir creando normas especiales de carácter imperativo y por tanto irrenunciables, para proteger a aquellos sujetos de la contratación laboral que normalmente quedaba en desventaja.

En el derecho interno privado, el orden público constituye un límite para la autonomía de la voluntad de los particulares. Lo serán todas aquellas normas jurídicas imperativas o prohibitivas que no pueden ser negociadas,⁸³ porque imponen deberes ineludibles, o consagran derechos irrenunciables; así, serán normas de orden público todas aquellas que no pueden ser renunciadas, cambiadas, esto es *–alteradas o modificadas–*, por los particulares; en cuanto a la renuncia de derechos, es de precisar que *sólo pueden renunciarse aquellos que no son de orden público*, y que además no perjudique derechos de terceros. A éste respecto se refieren los artículos 6º y 7º del Código Civil Federal establecen:

Artículo 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 7o.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

relaciones contractuales [...] Cada Estado puede estimar el contenido de cuáles son esos intereses públicos que se consideran de interés general de una forma muy diversa.” GONZALO QUIROGA, Martha, *op. cit.*, págs. 52 y 53

⁸² MORALES GODO, Juan, *op. cit.*, p. 47

⁸³ *“Los convenios entre los particulares no pueden alterar o modificar el orden y la organización constitucional, administrativa, ni judicial; el acto que pretenda vulnerarlo será nulo.”* Marty y Reynaud –citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 152

Por ejemplo, las normas relativas al Estado civil y capacidad jurídica de las personas; las relativas al derecho de familia,⁸⁴ tales como las relativas a la adopción, al matrimonio, las que tienen que ver con menores, incapaces, *–instituciones como la patria potestad, la tutela–*; y demás prohibitivas o imperativas que además sean irrenunciables. Consecuentemente no toda norma de derecho privado que sea prohibitiva es de orden público; si una norma es prohibitiva relativa, porque el ordenamiento jurídico permite su renuncia, no puede considerarse de orden público.

En el derecho interno privado, la sanción que se impone cuando un acto jurídico es contrario al orden público, es **la nulidad**. El artículo 8º del Código Civil Federal establece: *Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario*. Se advierte que en la última parte del numeral citado se consigna una excepción: *“excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”*. Estas excepciones, desde luego, son para situaciones no tan graves en las que no privaría el orden público; pues de ser dañinos para el interés de la sociedad serían de orden público, y el legislador no los habría marcado como excepciones.

Desglosamos lo anterior mediante un ejemplo.

Una norma prohibitiva sería lo que dispone el artículo 2269 del Código Civil Federal que establece: *“Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad”*. Esta es una norma de orden público porque contribuye a la existencia de un orden social económico *–ya que en la compraventa, parte del objeto indirecto lo conforma el precio que ha de ser cierto y en dinero–*; éste artículo pretende brindar seguridad jurídica a toda la sociedad salvaguardando el derecho real de propiedad evitando que pueda venderse cualquier bien independiente de que sea o no propiedad del vendedor.

El segundo elemento a considerar es la sanción como el efecto jurídico atribuible por la vulneración al orden público; en éste caso la consecuencia es la nulidad conforme al artículo 2270 del mismo ordenamiento.⁸⁵

El tercer aspecto es la excepción que la misma ley establece; en este caso la excepción se encuentra establecida en el artículo 2271 de la Ley sustantiva civil Federal que establece: *“El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida.”* La excepción constituye una salida expresa en la ley, y en el caso particular produce

⁸⁴ En el orden público Familiar. *“Las reglas que regulan las relaciones y potestades familiares, están por encima de los convenios particulares.”* Marty y Reynaud citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 152

⁸⁵ El artículo 2270 del Código Civil Federal prescribe: *La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.*

la convalidación del acto; ésta excepción equivale a decir que se trata ya de una situación no grave, en las que no está en juego el orden público y por ello es que se convalida ese acto.

7.2.5.4 En el derecho internacional privado

En el derecho internacional privado, *el orden público se traduce en un límite para la aplicación del Derecho extranjero, se traduce en una oposición a la aplicación de una norma extranjera*. El motivo de esa oposición tiene por objeto impedir que en un Estado se dé efectos a normas jurídicas que contravienen los principios jurídicos fundamentales así considerados en el estado en que pretenden aplicarse. González de Cossio en relación al Estado mexicano señala que el motivo es *“evitar que en México se den efectos legales a instituciones que constituyen una antinomia con los principios más caros de nuestro sistema jurídico.”*⁸⁶

Lo anterior es lo que constituye lo que se ha denominado en el derecho internacional privado con el nombre de *“excepción de orden público”*. Pero, en principio *¿cómo es posible la aplicación del derecho de un Estado en otro u otros?*

Con motivo de las relaciones entre los países, fundamentalmente las de tipo comercial, se hizo necesario el que fuera posible la aplicación del derecho de un Estado en otros Estados; Ruiz Lares lo explica de una manera muy clara: *“todos los países consideraron necesario aplicar derecho extranjero en su propio territorio, al tiempo que sus relaciones internacionales se volvieron más complejas... los países receptores se dieron cuenta de que había consecuencias imprevistas o inaceptables en sus respectivos sistemas.”*⁸⁷ Así es como con posterioridad surgió la excepción de orden público, como esa válvula de escape –como lo señala Habicht–⁸⁸ que permitiera desviarse de sus compromisos internacionales en algunos casos.

Cuando un juez advierte que una norma jurídica extranjera que es aplicable según las reglas generales de derecho internacional privado, que se ha aplicado o se pretende aplicar, es opuesta al orden público del juzgador, debe negarse el efecto o la aplicación, ya que primariamente debe respetar su propio marco jurídico.⁸⁹ También,

⁸⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Hacia una Definición mexicana de Orden Público”, *Centro de Arbitraje de México*, Publicaciones, Reporte No. 36. pp. 1-8, *Noviembre de 2008, México*, p. 8.

⁸⁷ RUIZ LARES, Daniel, “Los Criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 2, No. 2, ITAM, Junio de 2012, México, p. 6

⁸⁸ “los doctrinarios locales generaron una válvula de escape que permitiera a las naciones desviarse de sus compromisos internacionales en ciertos casos.” HABICHT, Max, “The Application of Soviet Laws and the Exception of Public Order”, *The American Journal of International Law* 21, núm. 2, 1927, p. 242, en RUIZ LARES, *Idem*.

⁸⁹ Cfr. ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 97. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *op. cit.*, p. 662 y 676

en materia de arbitraje,⁹⁰ el orden público es causal de nulidad para la ejecución de laudos arbitrales.

7.2.5.5 En el derecho internacional público

El orden público en el derecho internacional público, se constituye por los principios aceptados por la comunidad internacional y es un límite a las prácticas de los Estados y entre los Estados. Si los tratados internacionales están regidos por el derecho internacional, al ser acuerdos celebrados de manera escrita entre los Estados, los compromete al cumplimiento de los mismos.⁹¹ El *pacta sunt servanda* es su estandarte; por lo que, los Estados están obligados al cumplimiento de los acuerdos y tratados que válidamente han celebrado.

En el Derecho Internacional Público, cuando los Estados manifiestan su consentimiento para obligarse jurídicamente en el contexto de la comunidad internacional se supone que lo realizan dentro de los parámetros establecidos por sus propias constituciones y a través de los órganos que según aquellas sean competentes para el manejo de sus relaciones internacionales; ya adquiridos esos compromisos internacionales, cada Estado parte debe cumplirlo según se haya dispuesto.⁹² De manera especial, en materia de tratados internacionales se ha recurrido al pre aludido principio *pacta sunt servanda*,⁹³ para obligar a los Estados celebrantes al cumplimiento de lo pactado.

En el caso del Estado mexicano, conforme a los artículos 89 *fracción X*; 76 *fracción I*; y 133; todos ellos de la *norma fundamental mexicana*, tenemos que, la facultad para la celebración de los tratados internacionales compete al Ejecutivo, pero además requieren la aprobación del senado; y hasta entonces, forman parte del derecho aplicable.

Una vez que los tratados se han incorporado al derecho interno; en el caso nuestro –cuando han sido aprobados–, no tienen repercusión sólo en el ámbito externo, sino también en el interno, como explica Asdrúbal Aguiar “*Lo Estados están*

⁹⁰ “En el derecho internacional privado, también se ha tenido “el concepto de “orden público” como causal de nulidad o no ejecución de laudos arbitrales.” GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Orden Público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año 1, Núm. 2, Julio-Diciembre de 2012, IIJ-UNAM, pp. 569-578, México, 2012, p. 569

⁹¹ Se define al Tratado Internacional como “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” NAVAS CASTILLO, Antonia, et al., *Derecho Constitucional: Estado Constitucional*, Dykinson, S.L. Madrid, 2005, p. 161

⁹² AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, *Código de Derecho Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 227

⁹³ “Conforme al clásico principio *pacta sunt servanda*, los Tratados Internacionales son de obligado cumplimiento para las partes desde su entrada en vigor. Ahora bien, aun siendo obligatorios, sólo serán aplicables cuando formen parte del Derecho Interno.” NAVAS CASTILLO, Antonia, et al., *op. cit.*, p. 161

obligados a introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos internacionales válidamente contraídos. Los Estados, tal y como lo han aceptado expresamente en el plano internacional, no pueden invocar su legislación interna para hacerla prevalecer postergando la aplicación de una norma jurídica internacional."⁹⁴

Esto es lo que justifica en esencia, lo vinculatorio que puede resultar para el Estado mexicano, por ejemplo, las resoluciones pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, dado la primacía del orden público internacional lo cual no se pone en duda, la realidad ha sido otra. Algunos Estados han sido reticentes en aceptar, por ejemplo, la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia,⁹⁵ o en otros casos han condicionado la efectividad de sus relaciones jurídicas asumidas, mediante ciertas exigencias que imponen para su cumplimiento.⁹⁶ Por ello es necesario consolidar y hacer realidad a lo que se ha llamado derecho supranacional.⁹⁷ En ésta dirección se pronuncia Velázquez Elizarrarás al afirmar que *"es necesario que la ONU se encamine en una clara tendencia al supranacionalismo junto con una mayor voluntad política de los Estados para cederle soberanía, a efecto de que las normas que de ella emanen y las que ya constituyen el orden legal internacional tengan garantía para su aplicación y cumplimiento."*⁹⁸

En suma, el orden público en el derecho internacional público, se conforma con los principios, normas o reglas de la comunidad internacional que tengan un carácter general –*que valen para todos los Estados de la Comunidad Internacional*– y esencial para la subsistencia de la comunidad internacional; por lo que *están por encima de cualquier norma jurídica, incluso nacional*; sus valores elementales son la paz internacional, la seguridad internacional y la dignidad de la persona humana.

⁹⁴ AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, *op. cit.*, p. 333

⁹⁵ *"Es indudable que existe una cierta tendencia, en la casi totalidad de los países en desarrollo, en ver al derecho internacional como un derecho extranjero, creado por otros y para otros, en una palabra extraño y ajeno a ellos mismos... se refleja en la reticencia de muchos de ellos en aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, pues se desconfía del cuerpo de reglas aplicables."* VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 51.

⁹⁶ *"La realidad constitucional comparada demuestra, empero, que si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporánea dominantes son contestes y predicen el indicado principio de primacía del Derecho Internacional, no por ello los Estados han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias; que han impuesto, en suma, una relación "funcional y coherente (principio de la coherencia funcional) entre ambos ordenamientos."* AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, *op. cit.*, págs. 234 y 235.

⁹⁷ Actualmente se habla de un derecho de carácter supranacional. *Vid.* GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Teoría de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 53

⁹⁸ VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 73

En relación a la dignidad de la persona humana se ha derivado como principios del derecho internacional público los *Principio pro homine et libertatis*, que son universalmente aplicables.

El principio *pro libertatis* implica que “los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible, [...] debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y, restrictivamente, todo lo que limite la libertad”.⁹⁹ Atentos al principio *pro homine*, el derecho “debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano [...] el ser humano es el alfa y omega de las normas jurídicas, por lo que éstas, y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma en que más lo favorezcan.”¹⁰⁰ Que a su vez han dado lugar al principio denominado *pro persona*, definido por primera vez –según lo expone Medellín Urquía– por el magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, en Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, en uno de sus votos adjuntos a una decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos,¹⁰¹ reconocido recientemente en texto vigente del artículo 1o. de nuestra constitución mexicana, modificado por el decreto de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011; así, en el segundo párrafo del aludido artículo, así lo expresa: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.” Principio reconocido bajo la denominación preferida, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 107/2012 con el rubro: “**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.**”.¹⁰²

7.2.5.6 El orden público es mutable

El derecho ni hoy ni antes ha sido estático, ha ido evolucionando generalmente para mejorar las relaciones sociales existentes; ese dinamismo obedece también a la adaptación y evolución del mismo orientado a los cambios sociales, para así poder atender de manera efectiva la realidad de una sociedad cambiante. Gregorio Peces-Barba estima que “la rigidez de los postulados normativos podría “provocar rupturas violentas de la convivencia social y civil”.¹⁰³ Entonces, un derecho que no responde a los

⁹⁹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Prerrogativa y Garantía*, Editorial UENED, San José, 2006, p. 60

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 61

¹⁰¹ MEDELLÍN URQUIA, Ximena, “Principio pro persona”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*, No. 1., pp. 6-96, Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México, 2013, p. 16

¹⁰² Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799.

¹⁰³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Libertad, poder, socialismo*. 1ª edición. Ed. Civitas. Madrid, 1.978. p. 96.

hechos que realmente ocurren en la sociedad, no merecería ser derecho según los iusrealistas, ya que el derecho sólo tiene sentido en función de ellos. Ahora bien, si las sociedades cambian y el derecho para ser congruente con las mismas y no provocar tensiones, también tiene que hacerlo; en consonancia a lo anterior, el contenido del *orden público interno* en relación al Estado del cual corresponde, también puede ir cambiando. Una muestra de ello es que, en la mayoría de los Estados se ha suprimido –por ejemplo–, la restricción que por razones de orden público se sigue considerando en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Mexicana, en cuanto a la adquisición del dominio directo de tierras y aguas por los extranjeros en la denominada “zona prohibida” o “faja prohibida”.¹⁰⁴ Para aquellos Estados que ya no la consideran, no es contrario al orden público el que un extranjero adquiera tierras en las playas o en las fronteras; sin embargo, en México sigue siéndolo.

Sobre la mutabilidad del orden público la doctrina se ha expresado de la siguiente manera:

Alessandri estima que *“el orden público es un concepto eminentemente variable en el tiempo y en el espacio. No es idéntico en todos los países, pues depende del régimen político, social y económico que impere en cada uno.”*¹⁰⁵

Arteaga Nava a su vez considera que *“El contenido del término orden público es cambiante de una a otra época, de un país a otro; pero en todo caso tiene una concreción: los factores reales de poder que están redactados y que han elevado a rango constitucional.”*¹⁰⁶

A su vez, Juan Carlos Montalvo apunta que *“Nos hallamos ante uno de los conceptos más polivalentes del vocabulario jurídico, caracterizándose por la mutación de su significado en función del sector del ordenamiento en el que aparece y de la época en la que pretenda aplicarse, por no decir que es altamente sensible al tipo de ideología de Administración que ostente el gobierno en cada momento.”*¹⁰⁷

Por último, los juristas españoles Fernando Garrido, Alberto Palomar y Losada Ángel estiman que *“lo que pueda entenderse por Orden Público depende en cada momento de las concepciones dominantes acerca de los fines del Estado.”*¹⁰⁸ De igual manera una tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito se señala que *“Hay un nexo*

¹⁰⁴ Vid. GUERRERO, Sergio, *Derecho Internacional Privado*, UNAM Miguel Ángel Porrúa, México 2006, p. 79. GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, Universidad Iberoamericana, Limusa, México, 2007, p. 199

¹⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, et al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo I, *op. cit.*, p. 211

¹⁰⁶ ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 99

¹⁰⁷ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 203

¹⁰⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA Alberto, LOSADA ÁNGEL, H, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General. 12ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2006. p. 65.

*indisoluble entre el orden público y los fines del Estado, incluso como motivo de su justificación y existencia,...”*¹⁰⁹

De lo anterior deducimos que el contenido del orden público varía de un Estado a otro, y de una época a otra; que varía en función de la ideología que se tenga en un momento determinado; que depende también de la forma de Estado y de gobierno, así como de los fines que cada Estado se proponga y de los regímenes económicos, políticos, de idiosincrasia, aspectos sociales y culturales específicos, que imperen en un lugar y momento determinados.

7.2.5.7 El orden público debe interpretarse más en función del “Estado-comunidad” que en función del “Estado-institución”.

El título de ése apartado era: *“El orden público debe interpretarse más en función de la “sociedad” que en función del “Estado”, y en aras de una mayor precisión tuvo que ser modificado en virtud de que no pocas veces se emplean los términos “Estado” y “sociedad” como si fueran lo mismo, por ello es que preferimos recurrir a la expresión dada por Navas Castillo de “Estado-institución” para referirlo a las autoridades que ejercen el poder; y “Estado-comunidad” cuando se refiere a la sociedad en el sentido de población.*¹¹⁰

Si partimos de la clasificación tradicional de George Jellinek, de finales del siglo XIX, conocida como doctrina de los tres elementos:¹¹¹ **Población, territorio y gobierno**; entonces, los dos son elementos del Estado, el **“Estado-institución”** corresponde a la autoridad o gobierno; y el **“Estado-comunidad”** a la población o elemento humano del Estado. Esa vieja clasificación ha sido superada por la doctrina más reciente. Peter Häberle estima que un cuarto elemento es “la cultura”, aunque advierte que en esa triada, no aparece la constitución, que en todo caso, debería ser el primer elemento del Estado.¹¹² Con el coincidimos en esto último, el ordenamiento jurídico es el primer elemento constitutivo del Estado, ya que sin él no existiría el Estado ni podría cumplir sus fines. Salamanca Aguado considera que son cuatro los elementos constitutivos del Estado: Población, Territorio, Gobierno y soberanía;¹¹³ de

¹⁰⁹ Tesis aislada de Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Novena época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, de mayo de 2011, Tesis: I.3o.C.952 C, pág. 1241, con el rubro de: Orden Público. Su contrariedad es causa de nulidad del Laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal.

¹¹⁰ *“En la actualidad, suele ser habitual utilizar el término Estado para hacer referencia, bien a las instituciones que ostentan y ejercen el poder político, en cuyo caso nos encontraríamos con lo que se ha venido a denominar como Estado-institución, o Estado-aparato; bien a la sociedad sobre la que las instituciones ejercen ese poder político, en otras palabras el Estado-comunidad.”* NAVAS CASTILLO, Antonia, et al., *op. cit.*, p. 55

¹¹¹ SALAMANCA AGUADO, Ma. Esther, “Subjetividad Internacional del Estado”, *Derecho Internacional Público*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, p. 139

¹¹² *Cfr.* HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Diego Valadés, UNAM, México, 2003

¹¹³ SALAMANCA AGUADO, Ma. Esther, *op. cit.*, p. 139 y 140.

igual forma Navas Castillo estima que los elementos del estado son cuatro, dos materiales (población y territorio) y dos formales (Poder y Derecho).¹¹⁴

Ni el Estado, ni el Derecho, ni el orden público son fines en sí mismos, son medios para lograr ciertos fines; no son por tanto, en sí mismos teleologías.

En primer lugar; el Estado es la institución creada por los hombres para lograr el bien común. Si el Estado es creado por los seres humanos; entonces, el Estado debe buscar el bienestar de esos entes que lo han constituido; por ello es que el Estado no es un fin en sí mismo, más bien es un medio, es una organización creada por los hombres para convivir en sociedad y su finalidad última se orienta a la consecución del bien común; el Estado “posee una teleología que se dirige a buscar el beneficio de todos los individuos que lo integran.”¹¹⁵ Al lado de esa finalidad general, encontramos a la misión jurídica del Estado –estima Alberdi– que es doble; por un lado tenemos la de prescribir el derecho, y por el otro el de sancionarlo.¹¹⁶

En segundo lugar, el orden jurídico está conformado por el sistema de normas, principios y valores de los que se vale el Estado para lograr *la justicia, la seguridad y el bien común* que aparecen como fines del derecho.¹¹⁷ Respecto a los fines del derecho, Von Ihering estima que el primero es *la existencia de la sociedad* misma ya que mediante el derecho se garantizan esas “condiciones de vida social, asegurada por el poder coactivo del Estado”, y así obtener el bienestar y la *consecución de la justicia*.¹¹⁸ Por su parte, Squella Narducci considera que la finalidad de las normas jurídicas en el curso de las relaciones sociales es *la paz, el orden, la seguridad y la justicia*.¹¹⁹ En efecto, –como lo puntualiza Villoro Toranzo–, el derecho tiene como *fin intrínseco a la justicia* y como *fin extrínseco al bien común*, ya que la autoridad puede utilizar al derecho para diversos fines extrínsecos, explica lo anterior mediante el empleo de el *finis operis* y el *finis operantis*. El *finis operis* es el objetivo intrínseco que por naturaleza le corresponde o fin propio del derecho (que lo constituye la justicia); y el *finis operantis* se constituye por la intención subjetiva de la acción, los fines de quien lo utiliza (en éste caso el Estado se apoya en el derecho y la justicia para procurar el bien común); así, en éste último contexto *el Estado debe valerse del derecho para la*

¹¹⁴ NAVAS CASTILLO, Antonia, et al., *op. cit.*, p. 55 y 56

¹¹⁵ BRENES ROSALES, Francisco, *Introducción a los Derechos Humanos*, EUNED, San José, 1993, p. 101

¹¹⁶ “la misión jurídica del Estado tenía el doble fin de prescribir y sancionar el derecho.” ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 57

¹¹⁷ Vid. LEFUR, Luis, DELOS, Joseph Thomas, RADBRUCH, Gustav, y otros. *Los Fines del Derecho: Bien Común, Justicia y Seguridad*. Trad. Daniel Kuri Breña, UNAM, México, 1981.

¹¹⁸ “el derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado.” VON IHERING, Rudolf, *El fin del Derecho*, Traducción de Leonardo Rodríguez, Biblioteca de Filosofía y Sociología, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911 p. 273 y ss

¹¹⁹ “la presencia de normas jurídicas, normas jurídicas que imponen, prohíben o permiten determinados comportamientos, y cuya finalidad se relaciona con las exigencias de paz, orden, seguridad y justicia en el curso de las relaciones sociales.” SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 109

consecución del bien común. *“El finis operantis del Derecho no puede ser, en realidad, más que el bien común... Para lograr el bien común, la Autoridad debe servir de instrumentos adecuados... La justicia es el finis operis o fin intrínseco, inmediato y esencial del Derecho.”*¹²⁰

Por último, también el orden público es un medio, no fin en sí; así lo describe Julián Delgado: *“en un estado moderno y de derecho, el orden público no se puede concebir como un fin en sí mismo, es necesario, por lo tanto, que se sirva a un objetivo de valor más general...”*;¹²¹ el orden público busca la armonía colectiva, y se conforma por el conjunto de reglas y principios jurídicos, públicos y privados, morales, políticos, sociales, económicos y religiosos, derivados explícita o implícitamente del ordenamiento jurídico de un Estado así como los presupuestos absolutamente obligatorios e ineludibles, de los que el Estado se vale para la conservación del orden y desenvolvimiento correcto y adecuado de una organización social.

Así como las libertades y los derechos fundamentales inherentes a la dignidad corresponden a la persona humana y no a la sociedad,¹²² así también el orden público ha de ser interpretado más como orden público del **“Estado-comunidad”**, que como orden público del **“Estado-institución”** ya que *“es la dignidad de la persona (artículo 10.1) y el recto orden social (Preámbulo de la Constitución) lo que debe ser garantizado por los poderes públicos: por el Estado.”*¹²³ Las referencias anteriores, lo son en relación a la constitución española.

Robusteciendo lo anterior, si partimos que la soberanía corresponde de origen al **Estado-comunidad**; el elemento humano del Estado es quien como atributo esencial la tiene; a él le pertenece. Sobre éste punto, Albedri estima que, *“si el pueblo es soberano es porque es inteligente*; la soberanía es correspondiente a la inteligencia del pueblo, en esa medida se da simultáneamente el progreso de un pueblo. La forma de gobierno es consecuencia de la respectiva moralidad y realidad intelectual de una comunidad; así, la soberanía *“nada tiene de arbitraria y discrecional: puesto que no está en que un pueblo diga “quiero ser república”, sino que es menester que sea capaz de serlo.”*¹²⁴ En base a lo anterior se afirma que **el pueblo es el origen y fuente de la soberanía**, pero la capacidad para ejercerla depende del interés que en ello tenga cada pueblo; del grado de participación ciudadana; de la formación de sus integrantes; de la madurez política; de la educación y preparación de un conglomerado humano; la capacidad de hacer valer esa soberanía, pues, depende del tipo de pueblo que se trate, aquí cabría aplicar el aforismo que señala: **“cada pueblo tiene el gobierno que se merece”**, o la

¹²⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*. PORRÚA, México, 2004, p. 222 y 223

¹²¹ DELGADO AGUADO, Julián, et al, *op. cit.*, p. 22

¹²² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *op. cit.*, p. 61

¹²³ CALVO ÁLVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Barañain-Pamplona, EUNSA, 1983, p. 246

¹²⁴ ALBERDI, Juan Bautista, *op. cit.*, p. 9

expresión empleada por el constitucionalista argentino Prof. Midón, –citado por Biscardi–: “*tenemos lo que tenemos porque somos lo que somos*”.¹²⁵

En efecto, el artículo 39 de la Constitución mexicana expresa una de las más grandes verdades, así demostrada a lo largo de la historia de muchos pueblos y así lo reconoce expresamente: “*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo*”, aunque la ejerce mediante las autoridades nombradas –*ya sea directamente o indirectamente*– por éste, así lo establece el artículo 41 de la misma constitución: “*El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes...*”, pero no debe olvidarse que éstas autoridades deben mirar siempre en beneficio del elemento humano, así, el artículo 39 de la Constitución mexicana proclama: “*Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste [...]*”, por ello es que su interpretación debe serlo más en función del bienestar del gobernado, que del gobernante; más en función del “*Estado-comunidad*”, que del “*Estado-institución*”.

7.2.5.8 El orden público interno debe partir del derecho positivo de un Estado

Las reglas y principios en los que descansa el orden público deben derivarse ya sea, de manera **explícita o implícitamente**, del ordenamiento jurídico de un Estado, que en primer lugar procede de la norma fundamental del Estado y después de leyes derivadas y consonantes con la misma.

La noción de orden público va en función del ordenamiento constitucional ya que éste se manifiesta “*como un derecho cuyos términos, técnicas y conceptos responden a construcciones teóricas y valorativas previas, por lo que la asimilación de una norma constitucional exige de manera necesaria la anterior comprensión de los conceptos que emplea.*”,¹²⁶ esto implica el recurrir a la exposición de motivos, a los debates donde se contienen esas teorías o valoraciones previas; entonces, el orden público debe estar basado por fuerza en el derecho positivo, sería absurdo y peligroso no abstraerlo del mismo, pues entonces se estaría comprometiendo a la seguridad jurídica.¹²⁷

En síntesis, el orden público invariablemente deberá proceder o al menos inspirarse en el ordenamiento jurídico positivo de un Estado, con las siguientes connotaciones, cuando se trate de restricciones a libertades o derechos deberán derivarse de manera expresa y entonces la única interpretación válida posible debe ser **restrictiva**; en cambio, cuando se trate de concesión o reconocimiento de derechos, puede recurrirse válidamente a la interpretación **extensiva**, y atentos al principio *pro*

¹²⁵ BISCARDI, Mario Rafael, *Las fronteras del Derecho*, Editorial Dunken, 2005, Buenos Aires, p. 92.

¹²⁶ GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978”. *Revista de Estudios Políticos*, N° 19, Madrid, 1981, p. 41.

¹²⁷ “*es inconcebible sostener una consideración diferente sobre el fundamento del Orden Público que no encuentre justificación en el derecho positivo, pues es la propia seguridad jurídica la que se hallaría en tela de juicio.*” MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 211

homine et libertatis, se deben interpretar basándose en la norma y del modo que sea más favorable al ser humano.

7.2.5.9. La relación de proporcionalidad entre “el uso de la cláusula de orden público” y “el ámbito de efectividad de derechos”.

Hay quienes consideran que el uso de la cláusula de orden público es inversamente proporcional a la efectividad de derechos. Entre ellos encontramos a Juan Carlos Montalvo Abiol y señala: “*la amplitud en la utilización de esta cláusula es inversamente proporcional a la efectividad de los derechos.*”¹²⁸ De igual forma Martín-Retortillo precisa “*al darse amplitud a lo que surte un efecto limitativo y restrictor se está menguando, en definitiva, el ámbito de efectividad de los derechos.*”¹²⁹ Lo cual, estimamos si bien, pudiera corresponder a algunos Estados, no creemos que necesariamente pueda tenerse como un fórmula universal que fuera aplicable para todos los Estados.

Para comenzar, el tema de la proporcionalidad es de tipo matemático y una relación es inversamente proporcional cuando entre dos elementos o razones, al aumentar uno disminuye el otro, y a la inversa.¹³⁰ Si como elemento “A” tenemos “*el uso de la cláusula de orden público*”, y como elemento “B” tenemos “*el ámbito de efectividad de derechos*” conllevaría a lo siguiente: Mientras **más se use** la cláusula de orden público, **se reduce** el ámbito de efectividad de derechos; y viceversa, mientras menos se recurre al uso de la cláusula de orden público, aumenta el ámbito de efectividad de derechos.

No compartimos este posicionamiento ya que parte de las ciencias exactas que se ubican en el mundo del ser; el orden público se encuentra en el campo del deber ser; y aunque pudiera ser ejemplificativo en relación con algún Estado en particular, no puede ser válido para todos; pero además, por las siguientes razones:

Primeramente, porque cada Estado tiene sus propias formas de Estado o de Gobierno; son realmente distintas y aunque hay rasgos que pueden ser parecidos a los de otros, cada Estado tiene sus propias particularidades; después, los Estados también tienen su propio ordenamiento jurídico, que igualmente que lo anterior, en algunos temas o instituciones jurídicas, puede ser semejante; pero en otros, distinto al de otros Estados.

Así mismo, independientemente del tipo de familia jurídica a la que pertenezcan, es factible que por razones económicas, sociales, culturales, políticas, de

¹²⁸ *Ibidem*. p. 203

¹²⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *El Orden Público como límite –impreciso y creciente– del ejercicio de los derechos*, Ed. Cívitas, Madrid, 1975, p. 34.

¹³⁰ *Vid.* SWOKOWSKI, Earl W, y COLE, Jeffery A., *Algebra y Trigonometría con Geometría Analítica*, CENGAGE Learning, México, 2011, p. 285. KLEIN REES, Paul, *Algebra*, Reverté Ediciones, S.A. de C.V., México, 1986, p. 206

educación o instrucción de sus gobernados, y por otras más de diversa índole, tengamos Estados que tengan muy bien conformado y sea funcional su ordenamiento jurídico, otros en los que haya medianas o graves deficiencias y por ende también así será la funcionalidad de su ordenamiento jurídico; también el que algunos Estados pertenezcan a un sistema consuetudinario como los del *common law*, otros en cambio a sistemas de derecho escrito como el Romano Germánico Canónico del *civil law*, otros al sistema socialista de Derechos como lo refiere Hoffman Elizalde.¹³¹ Así, en cada Estado hay realidades esencial o accidentalmente distintas tales como los elementos de carácter económico, político, social; la idiosincrasia y la cultura de un pueblo; el nivel de preparación de su comunidad o foro jurídico, que se ve reflejado en el ejercicio y nivel de la hermenéutica y argumentación jurídica, en el nivel de debate por la profundidad en los razonamientos jurídicos.

Además, se estima que *el mayor o menor empleo de la cláusula de orden público* no opera –como se ha señalado con anterioridad–, de manera necesaria de una manera *inversamente proporcional*; creemos igualmente, que **en algunos Estados se puede establecer también una relación directamente proporcional**, de tal modo que es posible que “a mayor empleo de la cláusula de orden público” aumente igualmente el ámbito de efectividad de derechos. Pensemos que el empleo común de la cláusula de orden público, obedece a una amplia capacidad argumentativa del foro jurídico, de un Estado, lo cual no equivale necesariamente a un bajo ámbito de efectividad de sus derechos.

7.3. El *ius cogens* su origen y evolución.

El término “*ius cogens*”, no es privativo del derecho internacional, –pues hay autores como Antonio Gómez Robledo quien considera que el *ius cogens* es de carácter internacional, no nacional;–¹³² sin embargo, lo que sí es cierto, es que en el derecho internacional tiene un significado muy especial de acuerdo a la Convención de Viena.

De inicio, la palabra cogente no está registrada en el Diccionario de la Real Academia Española, es una palabra latina que significa “*lo que es racionalmente necesario*”.¹³³ Según la enciclopedia Universal académica, es el “*recogido en normas de observancia obligatoria que afectan al orden público jurídico*.”¹³⁴ Una norma imperativa, cogente o de derecho necesario, es por ejemplo, la que tutela a un incapacitado

¹³¹ Vid. HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *Introducción al Estudio del Derecho*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 169, 185 y 217. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1973.

¹³² GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 78

¹³³ Palavra latina que significa algo que é racionalmente necessário. (Dic.Aurélio). <http://www.dicionarioinformal.com.br/cogente/> Recuperado el 20 de abril de 2014.

¹³⁴ http://enciclopedia_universal.esacademic.com/215565/derecho_cogente Recuperado el 19 de abril de 2014

(tuitiva de sus intereses).¹³⁵ El *concepto* de *ius cogens* comprende las normas de derecho imperativo, taxativo y por lo tanto no dispositivo.¹³⁶ El *ius cogens* forma parte del derecho taxativo y desde el derecho romano tenemos antecedentes del mismo como se precisará más adelante. El *ius cogens* o derecho imperativo son normas cuyo contenido no pueden alterarse por la voluntad particular; y entonces, no admiten pacto en contrario, siempre ha existido, se basa en el interés colectivo; y por ende, busca el bien común sobre el individual. Como sanción general, todos los actos que sean contrarios al mismo, conducirán a su nulidad.

7.3.1 Ius cogens en el ámbito general del derecho interno.

Fuera del contexto del derecho internacional, vale decir, en el derecho interno los siguientes autores refieren directamente la expresión de *ius cogens*, o derecho cogente: José Luis Lacruz Berdejo les llama ente otras expresiones normas *de ius cogens*;¹³⁷ Manuel Albadalejo las identifica como normas *“de Derecho cogente”*;¹³⁸ Olaso Junyent como normas *de ius cogens*;¹³⁹ Delgado Echeverría las denomina como normas del *ius cogens*;¹⁴⁰ Francisco González de Cossío llama a las normas que limitan la libertad de los contratantes como *de “ius cogens”*;¹⁴¹ y Marcial Rubio Correa emplea la expresión *“ius cogens”*.¹⁴²

¹³⁵ En Boletín Oficial del Estado de 3 de diciembre de 2009. Resolución de 1 de octubre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario don Higinio Pi Guirado, en contra de calificación del registrador de la propiedad de Berja, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa. Consultable en:

[http://boe.vlex.es/vid/higinio-guirado-nota-berja-suspende-71689525?_utma=182052960.1226149157.1397954090.1397954090.1397954090.1&_utmb=182052960.0.10.1397954090&_utmc=182052960&_utmz=-&_utmv=-&_utmk=172993827&_utmscr=google|utmccn=\(organic\)|utmcmd=organic|utmctr=\(not%20proved\)&_utmv=-&_utmk=172993827](http://boe.vlex.es/vid/higinio-guirado-nota-berja-suspende-71689525?_utma=182052960.1226149157.1397954090.1397954090.1397954090.1&_utmb=182052960.0.10.1397954090&_utmc=182052960&_utmz=-&_utmv=-&_utmk=172993827&_utmscr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(not%20proved)&_utmv=-&_utmk=172993827). Recuperado el 19 de abril de 2014.

¹³⁶ OTERO PARGA, Milagros, “Sobre la validez del ius cogens”, *Iuris tantum*, No. 21, Diciembre 2010, pp. 425-442, Universidad Anáhuac México Norte, México, 2010, p. 440

¹³⁷ “Las normas se clasifican también en imperativas y dispositivas, que se llaman asimismo, respectivamente, “de derecho necesario” y “voluntario”, y la diferencia entre unas y otras consiste en que las normas de Derecho necesario no se pueden eliminar o sustituir por la voluntad del sujeto, y las de Derecho voluntario sí. A las primeras se les llama imperativas, de ius cogens, o Derecho necesario; las segundas se llaman supletivas, de Derecho dispositivo o voluntario, porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual.” LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil: I Parte General, Introducción*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 112, 113 y 114.

¹³⁸ Según el criterio estudiado, Albadalejo las clasifica en “*Necesarias y supletorias.- Según establezcan, para el supuesto de que se trate, una regulación, bien forzosa, bien sólo supletoria (para el caso de que los interesados no hayan dispuesto diferentemente), se dividen las normas en necesarias (o imperativas o de Derecho cogente) y supletorias (o dispositivas o de Derecho voluntario).*” ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 29

¹³⁹ OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, *op. cit.*, p. 74

¹⁴⁰ “No toda norma obliga de igual modo. Una imperan determinada conducta activa o pasiva (mandatos o prohibiciones) sin dejar lugar a la autorregulación del sujeto y se llaman **imperativas, de ius cogens o derecho necesario**. ”DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, et. al. *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, Vol. Introducción, Dykinson, Madrid, 2002, p. 113

¹⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Hacia una Definición mexicana de Orden Público”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴² RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil, op. cit.*, p 99

Inexactamente se ha informado -precisa Zlata Drnas-, que el *jus cogens* constituye un “nuevo derecho”, de surgimiento reciente, pues la idea del *jus cogens* constituye una concepción de milenaria raigambre en el mundo jurídico.¹⁴³ Igualmente Otero Parga expresa que “*el ius cogens es una categoría jurídica con amplia andadura histórica si bien no surgió con este nombre desde el principio. Con un nombre u otro, siempre existió un derecho imperativo y por lo tanto no dispositivo, que obligaba a los pueblos porque su finalidad era la de proteger el bien común, considerado éste como preferible frente al bien individual.*”¹⁴⁴ Con lo anterior hacemos patente el hecho de que no es un término reciente, ni mucho menos exclusivo del derecho internacional.

En el derecho romano, si bien la referencia al *jus cogens* fue empleada en una sentencia de Papiniano, “*Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*” (Dig. 39.5), “*se entiende como donado todo aquello que se concede sin que el Derecho obligue a hacerlo*”, tal uso sólo se realizó en las donaciones, **para indicar ausencia de toda norma compulsoria en la determinación de la voluntad del donante.**¹⁴⁵ Así, en sentido inverso, el *iure cogente* es el derecho que obliga, que es necesario. Es el concepto de *ius publicum* romano es donde descansa el *ius cogens* romanista.¹⁴⁶ Apoyando ésta idea, y considerando al *ius publicum* como un *derecho no derogable por voluntad de las partes*, hace alusión entre *ius cogens vel necessarium* y *ius dispositivum vel voluntarium* (Dig. 50, tít. 17, ley 45).¹⁴⁷

El romanista español Fernando Betancourt, reconoce que fue en el **Derecho Romano Clásico** donde se reconoció y nos expone que “*el derecho romano clásico fue una fuente muy modesta de ius civile no de carácter dispositivo sino necesario (de ius cogens) inalterable por la voluntad de las partes... en la medida en que el ius civile se funda en imperativo de la lex publica, entonces el ius civile no puede ser alterado por los convenios de los particulares. D. 2,14,38 (Pap. 2 quaest): Ius publicum privatorum pactis mutari non potest (el derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares).*”¹⁴⁸ Aquellas normas del *ius civile* que no podían ser modificadas por convenios particulares son de *ius cogens*.

Otero Parga también coincide en afirmar que fue en el **Derecho Romano Clásico** donde surgió y refiere además que se mantiene durante las edades Media y

¹⁴³ ZLATA DRNAS, Clément de., “Las normas imperativas de Derecho Internacional General (Jus cogens). Dimensión sustancial,” pp. 647-680, *Estudios de Derecho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro. Vol. I*. Ed. Drnas-Lerner, Córdoba, 2002, p. 647

¹⁴⁴ OTERO PARGA, Milagros, “Sobre la validez del *ius cogens*”, *op. cit.*, p. 438

¹⁴⁵ Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio, “Ius Cogens y Ius Naturale”, *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. X, Serie G, Estudios Doctrinales*, N° 81, pp. 515-529, IIJ-UNAM, México, 1984, p. 515

¹⁴⁶ Cfr. ZLATA DRNAS, Clément de., *op. cit.*, p. 647

¹⁴⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 86

¹⁴⁸ BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, p. 72

Moderna, y hasta la pandectística alemana del siglo XIX, recibió el nombre de *ius cogens*,¹⁴⁹ Zlata Drnas reitera lo anterior y expresa además que fueron los pandectistas Glück y Winscheid, quienes dieron y generalizaron la expresión de *ius cogens*.¹⁵⁰

Como resultado de la encomienda de Napoleón Bonaparte, ante el marasmo preexistente en Francia de la diversidad de Códigos locales, y muchos de ellos contradictorios con el fin de dotar de un Código coherente y unificado, nombró una cohorte de abogados notables para que hicieran un borrador de Código Civil, después de varias propuestas y observaciones, el 21 de marzo de 1804 se publicó en Francia el Código Napoleónico¹⁵¹ que en su artículo 6º estableció el **ius cogens** en los siguientes términos: *"On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"*, **"No podemos derogar (renunciar), por convenios particulares (especiales), las leyes que interesen al orden público y las buenas costumbres."**

Del Código de Napoleón pasó a la inmensa mayoría de los Estados de tradición romano-germánica. Así, **las leyes prohibitivas y de interés público** como establece el Código Civil mexicano, *"constituyen hasta hoy el ius cogens en el derecho interno de todos los Estados, de aquellos por lo menos de mentalidad jurídica occidental."*¹⁵² Los artículos 6 al 8 del Código Civil Federal lo establecen en los siguientes términos:

Artículo 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 7o.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

*Artículo 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.*¹⁵³

¹⁴⁹ OTERO PARGA, Milagros, "Sobre la validez del *ius cogens*", *op. cit.*, p. 440

¹⁵⁰ "En lo que hace a la expresión exacta, equivalente a *ius cogens*, -si bien en el plano del derecho interno de los Estados- se ha considerado que fue introducida por los pandectistas, particularmente Glück y Winscheid..." ZLATA DRNAS, Clément de., *op. cit.*, p. 647

¹⁵¹ GRANADOS, Juan Antonio, *Breve historia de Napoleón*, Ediciones Nowtilus, S. L., Madrid, 2013, p. 245 a 147

¹⁵² GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio, "Ius Cogens y Ius Naturale", *op. cit.*, p. 515

¹⁵³ Su correlativo en el Código Civil para el Estado de Guanajuato son los numerales 5ª al 7.

7.3.2 Ius cogens en el ámbito del Derecho Internacional

Florebel Quispe Remón considera que en ámbito internacional, deben ser de ius cogens, “sólo aquellas normas imprescindibles para la convivencia.”¹⁵⁴ El *ius cogens* surgió como una categoría de la doctrina jurídica para identificar a las normas taxativas o imperativas, como “mandatos que no autorizan su propio incumplimiento”,¹⁵⁵ y después se arraigó en el derecho internacional. En el derecho internacional, en principio, tiene los mismos caracteres antes vistos ya que “la aplicación del *ius cogens* es ineludible y prevalece frente a otras normas jurídicas internacionales, por lo cual **no puede ser considerada opcional y subsidiaria.**”¹⁵⁶

Remembrando y atentos al *principio de personalidad*, en Roma, el *Ius Civile* era el derecho aplicable a los *cives* “ciudadanos romanos”, era equiparable a un derecho nacional; mientras que, el *Ius Gentium* era el derecho aplicable a los extranjeros, por ello “en el año 242 a. C. se crea en Roma, junto al antiguo pretor (que, a partir de ahora, se llamará *praetor urbanus*), un nuevo magistrado, el *praetor peregrinus*, encargado de enjuiciar las controversias que se susciten bien entre romanos y extranjeros, bien entre los extranjeros entre sí.”¹⁵⁷ Entonces, el *ius gentium romano*, sería equiparable a lo que hoy en día conocemos como derecho internacional; muchos internacionalistas así lo denominan,¹⁵⁸ pero sobre todo es asimilable con el derecho internacional privado.¹⁵⁹

Así también lo asume Gómez-Robledo llegando a identificar en el momento histórico correspondiente; esto es, a partir del siglo XV, el *ius naturale* con el *ius cogens* cuando subraya que “en el *Ius Gentium* Clásico –*ius inter gentes*, mejor dicho- el que nace con Vitoria y con Grocio, hay seguramente, un **ius cogens**, sólo que, en ausencia del legislador que no existe, por definición, en el campo de las relaciones internacionales, **es el ius naturale** el que asume, en aquellas circunstancias históricas, la función del *ius cogens*.”¹⁶⁰ Otero Parga reconoce que es en el Derecho internacional, donde se ha arraigado el

¹⁵⁴ QUISPE REMÓN, Florabel, “Ius cogens en el sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, No. 34, pp. 42-78, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, p. 45

¹⁵⁵ “el *ius cogens* nació como categoría doctrinal de todo el Derecho para identificar los mandatos que no autorizan su propio incumplimiento.” OTERO PARGA, Milagros, “Sobre la validez del *ius cogens*”, *op. cit.*, p. 440

¹⁵⁶ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, “La inevitable Supremacía del *Ius Cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 18, 2008-II, pp. 55-82, Madrid, 2008, p. 58

¹⁵⁷ CABALLÉ MARTORELL, Anna María, *Historia del derecho romano*, Universidad Autónoma de Barcelona, EDIUOC Edicions, Barcelona, 2009, p. 42

¹⁵⁸ Vid. ÁLVAREZ LODROÑO, Luis Fernando, *La historia del derecho internacional público*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006, p. 61, 67 y 75.

¹⁵⁹ “Lo que hicieron los romanos fue ir desarrollando gradualmente, a medida que las necesidades lo iban exigiendo, un nuevo Derecho, que también era Derecho romano, mucho más flexible y que se aplicaba a las relaciones con extranjeros (*ius Gentium*), se equipara más al moderno derecho internacional privado.” CABALLÉ MARTORELL, Anna María, *op. cit.*, p. 44

¹⁶⁰ GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio, “*Ius Cogens* y *Ius Naturale*”, *op. cit.*, p. 516

termino *ius cogens*, gracias a los juristas del siglo de oro español¹⁶¹ (de Vitoria, Suarez), y el holandés Hugo Grocio reconocido también como “*padre de la ciencia del derecho internacional*”, a quien basándose en la escolástica española, se le debe reconocer el logro del primer sistema extenso del derecho internacional vigente.¹⁶²

Si hacia el interior del Estado, las normas de orden público son el *ius cogens* interno; en el ámbito internacional, ¿Cuál es la relación entre orden público internacional y *ius cogens* internacional?

Para Varón Mejía el *orden público internacional* es la justificación y razón de ser del *ius cogens*.¹⁶³ Por lo que pudiéramos decir que previo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, había cierta sinonimia entre ambos conceptos; sin embargo, *a partir de la Convención*, la expresión *ius cogens*, son **normas universales para todos los Estados y por ello, oponibles erga omnes**; en general, tiene características muy especiales que posteriormente se estudiarán.

Hacia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en un principio no había acuerdo si, se debía emplear el término “*ius cogens*” o el de “*orden público internacional*”. Varios se inclinaban por el empleo de la segunda que conllevaba a una estructura horizontal; la del *ius cogens* conllevaría a una estructura vertical, donde *éste estaría por encima de cualquier otra norma internacional*.¹⁶⁴ Abello-Galvis explica que la intervención de Briggs en la Comisión de Derecho Internacional logró el acuerdo que a la postre se convirtió en lo que hoy es el **artículo 53 de la Convención de Viena** sobre Derecho de los Tratados, y quedó dicho término en el proyecto. Briggs fue el responsable de que no se haya insertado un repertorio ejemplificativo de normas imperativas, para prevenir eventuales discrepancias entre Estados a cerca de lo que se debe tener como norma de *ius cogens* y de aquellas que no.¹⁶⁵

No obstante, la ausencia de lista ejemplificativa o catálogo, considera Quispe Remón, dificulta su identificación y efectividad, pues no todas *las normas generales*

¹⁶¹ “Sin embargo, en un momento de la historia, quizá por influencia de los grandes juristas del Siglo de oro Español y singularmente del padre del Derecho Internacional, Vitoria, el contenido del *ius cogens* se asoció al Derecho de Gentes, desde donde arraigó en el campo del Derecho Internacional.” OTERO PARGA, Milagros, “Sobre la validez del *ius cogens*”, *op. cit.*, p.440

¹⁶² Consúltase ésta cita, pues así lo reconoce el Sacerdote Jesuita Luis Álvarez. ÁLVAREZ LODROÑO, Luis Fernando, *op. cit.*, p. 80

¹⁶³ “la existencia e imbricación de los conceptos de normas *ius cogens* y orden público internacional en donde este último es la justificación y razón de ser del segundo.” VARÓN MEJÍA, Antonio, *op. cit.*, p. 221

¹⁶⁴ “no hubo en un comienzo unanimidad con relación al término *ius cogens*. En efecto, varios preferían que se usara el término “orden público internacional” [...] se prefería una estructura horizontal, dada por el concepto de “orden público internacional” frente a la estructura jerárquica o vertical, dada por el *ius cogens*.” ABELLO-GALVIS, Ricardo, “Introducción al Estudio de las Normas del *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Universitas*, No. 125, pp. 75-104, julio-diciembre de 2011, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011, p. 88

¹⁶⁵ *Idem*.

de derecho internacional,¹⁶⁶ son de ius cogens. Incluso, en lo interno, cuando hay oposición entre *la ley interna de un estado* y el *derecho internacional general*, las soluciones han sido variadas; en Tribunales Estadounidenses, de la Gran Bretaña o de Francia, se ha establecido la primacía de la ley nacional sobre el foro externo. En contrapartida países como Alemania, Italia y Grecia, han consagrado la prevalencia del derecho internacional general sobre el interno.¹⁶⁷

A final de cuentas, con la introducción del ius cogens en el derecho internacional se pasó de lo horizontal a lo vertical, y por ende, *hay una jerarquía normativa en la cual, las normas del ius cogens se sitúan por encima de las demás normas y tienen efectos erga omnes*. Se estima que “la teoría de la jerarquía normativa es obligatoria y humanista en cuanto protege al ser humano frente a diversos entes e intereses menos relevantes.”¹⁶⁸

7.3.3 El Fundamento normativo del ius cogens internacional.

Su fundamento es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que establece:

*“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma **aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados** en su conjunto como **norma que no admite acuerdo en contrario** y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

Como se puede observar, en el entorno de la Convención de Viena, norma de ius cogens o imperativa son lo mismo. “Por norma imperativa entendemos hoy, dentro de este contexto, la que es de inexorable cumplimiento, velis nolis, y lo mismo, el ejercicio de un poder absolutamente inexorable, constringente, lo da a entender el participio presente (empleado aquí en función de adjetivo) del verbo cogere, cogens.”¹⁶⁹ Así, las normas imperativas o de ius cogens, son reconocidas y aceptadas así por la comunidad internacional, no admiten acuerdo en contrario, y por ello, están por encima de cualquier norma internacional convencional.

¹⁶⁶ Pueden ser reconocidas o no en las Constituciones de los Estados, SÁNCHEZ, Víctor M., *Derecho Internacional Público*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, p. 128

¹⁶⁷ Cfr. LEÓN STEFFENS, Avelino, y otros, *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 27

¹⁶⁸ “El derecho internacional se transformó con la introducción del ius cogens, el cual dio el paso de un sistema normativo horizontal a uno vertical...” CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, *op. cit.*, p. 81

¹⁶⁹ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, *op. cit.*, p. 89

7.3.4 Características de las normas del ius cogens.

Basándonos en las ideas de Ricardo Abello e Inés Acosta López, tenemos las tres primeras; las siguientes son de otros autores; conforme a lo anterior, son normas del *ius cogens* las que cumplen con los siguientes elementos:¹⁷⁰

1. *Debe ser aceptada por la Comunidad Internacional* de Estados en su conjunto. Conforme a la Convención de Viena norma imperativa o de ius cogens son lo mismo, ya que como antes se ha expresado, la norma imperativa es la de inexorable cumplimiento, constringente.¹⁷¹ En éste orden de cosas, considera Florabel Quispe que una norma es imperativa en el derecho internacional cuando ha sido aprobada por los Estados cuya presencia es importante e influyente en la Comunidad Internacional,¹⁷² estimamos que esto es así, pues resultaría difícil que la totalidad de los Estados así hiciera la aceptación.

2. Es una norma que *no acepta acuerdo en contrario*. Las normas de ius cogens no admiten pacto en contrario, por ende, los acuerdos entre los Estados de la comunidad internacional, no pueden ser contrarios a ellas, so pena de nulidad por contener objeto ilícito.¹⁷³ Por ende, las normas del ius cogens son también irrenunciables, ya que no es posible sustraerse a la aplicación de esas normas.¹⁷⁴

3. Únicamente es modificable, si hay otra norma de derecho internacional general de semejante carácter.

Ahora bien, -considera Inés Acosta que- si la Comunidad Internacional logró armonizar en valores tan significativos, que no pueden ser ignorados por ningún motivo, sería inconcuso que pudieran ser derogados o modificados, “*incluso si la norma que los deroga ha logrado reunir las características de las normas de ius cogens.*”¹⁷⁵ Sin embargo, el artículo 53 del Derecho de los Tratados es terminante, una nueva norma de ius cogens internacional, puede modificar a la anterior.

Asimismo, -explica Abello- si hay oposición entre una norma de *ius cogens* y otra norma, el efecto jurídico es el de la nulidad de la contraria al ius cogens. Luego, expresa que la contradicción puede presentarse bajo dos aspectos diferentes:

¹⁷⁰ ABELLO-GALVIS, Ricardo, *op. cit.*, págs. 16 y 17

¹⁷¹ Según el epígrafe que lleva el artículo 53 en el Texto oficial de la Convención de Viena, hablar en éste caso de norma imperativa o de *ius cogens* es exactamente lo mismo. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, *op. cit.*, p. 89

¹⁷² La práctica ha demostrado que para el reconocimiento de una norma con el estatus de norma imperativa es suficiente la aprobación por parte de algunos estados, cuya presencia en el mundo sea “importante e influyente”. QUISPE REMÓN, Florabel, *op. cit.*, p. 46

¹⁷³ *Vid.* ABELLO-GALVIS, Ricardo, *op. cit.*, p. 83

¹⁷⁴ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, *op. cit.*, p. 75

¹⁷⁵ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, et al, *op. cit.*, p. 16 y 17

a) Una **nueva norma de Ius Cogens** conducirá a la nulidad de cualquier tratado previo que contravenga a la reciente norma.

b) Será nulo desde el inicio, cualquier tratado que contravenga a una disposición vigente de ius cogens ya existente.

En los dos casos anteriores partimos del principio “*lex superior derogat legi inferiori*”, prevaleciendo así la norma de ius cogens. Por lo anterior, de acuerdo con lo establecido por el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquel Tratado que sea contrario a una norma de *ius cogens*, su consecuencia jurídica será la Nulidad del Tratado y por tanto, su inaplicación.¹⁷⁶ Sólo en el caso de una nueva norma de ius cogens recurriríamos al principio “*lex posterior, derogat priori*”.

4. Las normas del ius cogens, *son jerárquicamente superiores*, tienen prevalencia sobre cualquier norma jurídica incluso de Derecho Constitucional.¹⁷⁷

5. Las normas de ius cogens por *esencia son universales* ya que valen para toda la comunidad internacional; sin embargo, los tratados difícilmente lo son.¹⁷⁸

6. Las normas de ius cogens *imponen obligaciones erga omnes*; por tanto invocables no sólo por los sujetos lesionados conforme al Derecho internacional, sino por todos los sujetos de ese ordenamiento.¹⁷⁹

7. El ius cogens está constituido por reglas mínimas o de excepción, ya que implican “la derogación al principio *pacta sunt servanda* y al carácter general de *ius dispositivum* del derecho internacional.”¹⁸⁰

Por último, hay quienes sostienen que las normas contenidas en la (DUDH) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de París, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus respectivos protocolos adicionales, conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos,¹⁸¹ *son normas de ius cogens*; empero, no estamos de acuerdo ya que no todas las disposiciones en ellas contenida constriñen a todos los Estados; en cambio, nos parece acertada la postura de Carrillo Salcedo quien sustenta el carácter obligatorio únicamente de algunas disposiciones de la DUDH, concretamente lo vinculado con el llamado “núcleo duro”

¹⁷⁶ MARIÑO MENENDEZ, Fernando M., *op. cit.*, p. 826

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ “los tratados difícilmente logran un carácter universal, que es la esencia inherente a las normas ius cogens.” ABELLO-GALVIS, Ricardo, *op. cit.*, p. 93

¹⁷⁹ MARIÑO MENENDEZ, Fernando M., *op. cit.*, p. 827

¹⁸⁰ VARÓN MEJÍA, Antonio, *op. cit.*, p. 222

¹⁸¹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, et al, *op. cit.*, p. 22 y ss

de derechos humanos en el que se contienen “derechos tales como la vida, la integridad física y moral, y la prohibición de esclavitud y servidumbre.”¹⁸²

7.4. La tutela del Orden Público y del *ius cogens*

“El orden público, más que de normas concretas, que también lo conforman, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas.”¹⁸³ Empero, no en pocas veces, sí se apoya en normas concretas; así, el derecho vigente puede proteger al orden público y al *ius cogens* tanto de una manera *positiva* como de otra *negativa*. La primera se da mediante el reconocimiento y amparo del mismo, a través de normas imperativas y permisivas; el modo negativo generalmente se actualiza a través de normas prohibitivas. Ahora bien, el orden público por un lado aparece como una razón para establecer y reconocer ciertos derechos, cuya tutela se busca en las normas fundamentales de los Estados; pero por otro lado, también aparece como límite de algunas libertades y prerrogativas de las personas. Cualquier limitación que la norma fundamental haga de derechos fundamentales, debe estar orientada por un criterio de orden público que comúnmente se justifica en “no exponer o perjudicar a los demás.”

En éste orden de cosas Brotat señala que el orden público se instaure como garantía de la libertad, pero también como límite de la misma; ésta última perspectiva radica en que *nadie puede realizar lo que sea perjudicial a los demás*.¹⁸⁴ Así por ejemplo, en su aspecto positivo, “los principios” de equidad, de tutela judicial, de libertad, que entre otros conforman el orden público y se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico constitucional como derechos fundamentales bajo diversas especies, -del último de ellos, *verbigracia*, tenemos a la libertad ideológica, a la libertad de procreación, a la libertad de creencia religiosa, a la libertad de trabajo, a la libertad de expresión, a la libertad de tránsito,- aparecen reconocidos como potestades; como normas permisivas. Pero algunas ocasiones se sostienen en su forma negativa como prohibiciones, como ejemplo, del mismo “principio de libertad”, tenemos como modelo negativo a la *prohibición de la esclavitud*; de allí que *todos los límites que se impongan a los principios, deben ser racionales y sostener su justificación en razones de orden público*.

Por otro lado, de manera adversa al *ius dispositivum*, la locución *ius cogens* en el campo del derecho internacional, vimos que se imputa a los preceptos de derecho imperativo inderogables, cuyo contenido no puede ser inaplicable ni modificado, y el castigo a tal dicha transgresión generalmente es la nulidad; esto es,

¹⁸² en *Ibidem*. p. 24 y 25

¹⁸³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los principios contenidos en el Título preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2005, Lima, 2005, p. 261.

¹⁸⁴ Cfr. BROSTAT I JUBERT, Ricard. *Un concepto de seguridad ciudadana*. (2002) http://www.dip-alicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROSTAT_seguridad_ciudadana.PDF. Recuperado el 14 de mayo de 2014.

los preceptos que conculcan o vulneran a ese ius cogens, deberán ser declaradas nulas.

Maneras de salvaguardarlos

Las formas de protegerlos, son diversas:

A) En ocasiones se salvaguarda el orden público con la creación de normas imperativas, permisivas o prohibitivas. En el momento que se decretan prohibiciones, órdenes y permisiones en **grado absoluto**, el creador de esas normas lo hace por razones de orden público. Conforme a Francesco Messineo, *“el orden público es el conjunto de “principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)”*.¹⁸⁵ El hecho de que el orden público en ocasiones no se haga patente en normas concretas, pues muchas veces son principios abstractos que se derivan del ordenamiento jurídico; en otros casos si lo son; tal es el caso de las normas **prohibitivas o imperativas absolutas o perfectas**, ya que no admiten excepción; por ejemplo se tiende a proteger el orden público normativamente con la prohibición de la esclavitud, y esta es una prohibición absoluta pues no admite excepciones.

B) Con limitaciones o excepciones que el mismo sistema jurídico normativo impone a algunos principios generales o a determinados derechos fundamentales. En el primer supuesto, tenemos que hay casos en los que el propio ordenamiento jurídico establece excepciones, **restricciones o limitaciones** a principios generales, y cuando esto es así, lo hace también en aras de proteger el orden público; por ejemplo en el *sistema adversarial de los procedimientos penales*, el principio de publicidad¹⁸⁶ de las audiencias es de orden público y se justifica en el deber que se adjudica el Estado para evidenciar la transparencia de los juicios que realizan los tribunales; empero, tiene **excepciones**, tales son, por ejemplo, los casos en que el interés de los menores de edad demande lo contrario. En éste rumbo, el artículo 20, inciso B, fracción V de la Constitución mexicana establece: *“La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.”* De manera similar, el artículo 14°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prescribe que, *“la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad*

¹⁸⁵ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 480

¹⁸⁶ El **principio de publicidad** es uno de los reconocidos por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que precisa: *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia".

En el segundo supuesto, tenemos situaciones en las que con las **limitaciones normativas** en determinadas condiciones a ciertos derechos humanos, es como se protege al orden público; así por ejemplo tenemos por un lado la libertad de trabajo consagrada en el artículo 5º constitucional, pero también tenemos limitaciones constitucionales a dicha libertad; una limitación relacionada con su objeto *es que la actividad sea lícita*, por tanto, el trabajo que es ilícito no está protegido y en éste último caso, de ésta manera es como se tutela el orden público, ya que el trabajo ilícito lo contraviene, y por lo tanto no está salvaguardado; otra limitación consiste también, en que, el ejercicio de ésta libertad, *"sólo podrá vedarse por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad"*. También resaltamos a guisa de ejemplo la libre expresión de ideas consagrada por el artículo 6º constitucional, sus limitaciones constitucionales son: *cuando se ataque a la moral; cuando se ataque los derechos de tercero; cuando provoque algún delito; y cuando perturbe el orden público*. O de la misma forma, la libertad de imprenta consagrada por el artículo 7º constitucional, sus limitaciones constitucionales implican que *esa libertad se puede coartar o impedir si al ejercitarla se ataca o se falta al respeto a la vida privada, o cuando al ejercitarla importe un ataque a la moral; o cuando por el ejercicio de ese derecho se altere la paz pública*. En suma, las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales establecidas en la norma suprema de un Estado, se hacen en aras de proteger al orden público.

C) Otra forma de protegerlo es a través del señalamiento de incapacidades. Cuando se establecen incapacidades de goce, es también por consideraciones de orden público. Ignacio Burgoa subraya: *"El artículo 27 constitucional **consigna incapacidades** para ciertas personas físicas y morales respecto de la adquisición de determinada categoría de bienes y para su disfrute... **son establecidas constitucionalmente** en razón de factores extrapersonales, traducidos generalmente en la satisfacción de una necesidad pública o la presentación o fomento del bienestar colectivo."*¹⁸⁷ Precisamente por ello, es que el constituyente mexicano en el artículo 27 fracción I, establece para los extranjeros, incapacidades de goce para adquirir el dominio de tierras y aguas.

D) Con el **establecimiento de sanciones eficaces** para salvaguardarlo. El orden público muchas veces, es objeto de protección mediante sanciones eficientes. Las únicas sanciones que podrían salvaguardarlo, se estima que deben ser aquellas que la doctrina jurídica identifica con el nombre de *plus quam perfectae* (más que perfectas), o al menos, las simplemente denominadas *perfectae* (perfectas).

¹⁸⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1988, p. 382

Las *plus quam perfectae* no sólo buscan el dejar sin efectos a los actos violatorios de las normas de orden público, que ya de suyo es importante, sino que van más allá al imponer penas, ya corporales e inclusive económicas como las multas o la reparación del daño. En el segundo caso, el de *las perfectae*, es más simple, pues sólo buscan dejar sin efectos los actos que sean violatorios de esas normas; esto es, no permiten que el infractor perpetre el acto transgresor de dicha norma, un ejemplo sería el caso de la nulidad de dichos actos y en su caso, en la restitución de las prestaciones que se hubieran dado.

Desde la perspectiva del derecho privado, al constituirse los hechos ilícitos por la transgresión de esas normas prohibitivas o de orden público, la sanción que sería apropiada, previos los procedimientos jurisdiccionales, estimamos que sería la *nulificación* de los actos ejecutados contra el orden público, además *de los daños y perjuicios* que se hubieran ocasionado. Ahora bien, si el acto violatorio está prescrito por normas jurídicas de orden público de carácter administrativo, pueden ser protegidas y previo procedimiento administrativo, aunque las sanciones administrativas pueden ser variadas, tales como la amonestación, destitución, suspensión, arresto, creemos que las que podrían ser útiles para la protección del orden público serían entre otras: las clausuras, la suspensión o interrupción de obras por infracciones administrativas, sanciones económicas como multas, y el resarcimiento de daños y perjuicios en el sentido más amplio. Además de lo anterior, si los ilícitos perpetrados están tipificados como delito, vendría a situarse de manera adicional en el aspecto punitivo, cuya sanción podría residir en castigos privativos de libertad, y/o pecuniarios, tales como la multa y también con la reparación del daño.

E) Con *la incorporación del ius cogens al ordenamiento jurídico interno* de los Estados, verbigracia, el caso del Estado chileno y el colombiano. En Colombia, Vidal López apunta que *“Hay incorporación automática del DIH al ordenamiento interno colombiano –la Corte le atribuye el carácter de ius cogens–”*.¹⁸⁸ En Chile, las normas del ius cogens se incorporan al ordenamiento jurídico interno de manera instantánea, pues son considerados judicialmente, como principios fundamentales de derecho internacional; al respecto nos explica Díaz Tolsa: *“las normas del ius cogens son concebidas por nuestros jueces como principios fundamentales del Derecho internacional de origen consuetudinario cuya incorporación al ordenamiento interno se verifica de manera automática, pues ese es el mecanismo que ha operado por costumbre judicial desde antaño respecto de las normas pertenecientes al derecho internacional consuetudinario.”*¹⁸⁹

G) En *materia de convenciones internacionales*, cuando éstas resultan *contrarias al ius cogens internacional*, la tutela del mismo se obtiene con la

¹⁸⁸ VIDAL LOPEZ, Roberto Carlos, *El derecho global de los desplazamientos internos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2007, p. 85

¹⁸⁹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicación Judicial en Chile del “Ius Cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, pp. 393-417, Valparaíso, Chile, 2013, p. 413

declaración de la nulidad de las convenciones y la inaplicabilidad de normas contrarias a ese derecho cogente. En efecto, el orden público internacional es el respaldo del ius cogens internacional, y si éste último se constituye por normas consideradas de carácter universal para todos los Estados, oponibles erga omnes, y están situadas por arriba de cualquier otra norma internacional convencional, pues no admiten acuerdo en contrario; entonces resulta que, cuando éstas normas convencionales resulten contrarias al ius cogens, se debe derivar la nulidad de las mismas y su consecuente inaplicación.

F) A través de *las decisiones jurisdiccionales*. Precisamente en las resoluciones jurisdiccionales, los jueces y tribunales tienen la tarea de *salvaguardar el orden público*, el mismo procedimiento jurisdiccional en sí, es de orden público, algunos presupuestos procesales como la competencia, la vía abordada, la personalidad, el emplazamiento en algunos casos, *son cuestiones de orden público* que deben ser estudiadas oficiosamente por los juzgadores; esto con independencia de las cuestiones de fondo de las que pudieran derivar afectaciones al orden público. Relacionado a éste punto, tenemos también, a la libertad de trabajo garantizada por el artículo 5º constitucional, en la que se señala como limitación a la misma que *“sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero”*; en éste supuesto lo que sucede es, como lo describe Ignacio Burgoa: el “facultar al juez para prohibir a una persona que continúe ejerciendo una actividad perjudicial para los derechos de tercero... Propiamente la Constitución en este caso no contiene una limitación general abstracta a la libertad de trabajo, sino una facultad otorgada al juez para prohibir a un individuo que se dedique a una determinada labor cuando el ejercicio de ésta implique una vulneración a los derechos de otra persona cualquiera, lo cual no obsta para que el sentenciado conserve la potestad de elegir cualquiera ocupación lícita, aún la misma que se le vedó, siempre y cuando no produzca dicho efecto.”¹⁹⁰ Asuntos jurisdiccionales de derecho familiar, donde se disputan derechos de alimentos, divorcio, tutela, patria potestad, custodia, estado civil o capacidad jurídica, entre otros, son asuntos en los que de fondo se dilucidan cuestiones de orden público; en aquellos procedimientos judiciales en los que hay suplencia de la queja deficiente, lo son porque en el fondo se deciden temas que son de orden público.

En la jurisprudencia mexicana de la novena época tenemos situaciones en las que se hace patente esa salvaguarda del orden público en las decisiones judiciales; por ejemplo, la tesis en materia civil I.5o.C. J/21, proveniente de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en el Tomo XXXIII, Junio de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 967, con el rubro “Derecho de visitas y convivencias. Su protección alcanza el rango de orden público e interés social”.¹⁹¹

¹⁹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales, op. cit.*, p. 244.

¹⁹¹ Época: Novena Época. Registro: 161867. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Junio de 2011.

También, apoyando lo anterior, tenemos de la décima época algunas tesis aisladas en las que se evidencia esa protección al orden público a través de las resoluciones judiciales. La primera de ellas es la Tesis 1a. CXXXVI/2014 (10a.) proveniente de la Primera Sala, cuya fuente es la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, de Abril de 2014, Tomo I, Página: 788, en materia civil en la que se sostiene que la obligación de proporcionar alimentos es de orden público.¹⁹² La otra es la Tesis IV.2o.A.88 A (10a.), de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, materia común, en la que se considera que

Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C. J/21. Página: 967. *DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU PROTECCIÓN ALCANZA EL RANGO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL. Por su fragilidad y vulnerabilidad es el menor el más necesitado de protección en los ámbitos familiar y social, por lo que dicha protección se convierte en una auténtica prioridad. Así, la sociedad está interesada en la mejor formación posible de los ciudadanos a partir de la familia, pues no debe soslayarse que los ciudadanos con problemas psicológicos desde la infancia, que tal vez no llegaron a ser superados, podrán no alcanzar los estándares más convenientes para la sociedad, ya que su adaptación a los requerimientos sociales podrá no ser la más idónea. En consecuencia el derecho de visitas y convivencias en México, no es solamente un asunto de política gubernamental, sino que se trata de un tema de política de Estado cuya protección alcanza el rango de orden público e interés social, pues el renovado interés por su regulación se evidencia a la luz de los valores que están de por medio para encontrar un equilibrio dinámico de relaciones que propicien vínculos paterno-filiales más provechosos, de ser necesario incluso a través del consejo o de la asistencia profesional.* Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Amparo directo 706/2010. 25 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Francisco Sánchez Planells, secretario en funciones de Magistrado en términos del artículo 26, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Abel Jiménez González. Amparo en revisión 40/2011. 17 de febrero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo directo 170/2011. 25 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

¹⁹² Época: Décima Época. Registro: 2006163. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CXXXVI/2014 (10a.). Página: 788. Rubro: *ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL. La procuración de alimentos trasciende de los integrantes del grupo familiar, al ser su cumplimiento de interés social y orden público. Así, el Estado tiene el deber de vigilar que entre las personas que se deben esta asistencia, se procuren de los medios y recursos suficientes cuando alguno de los integrantes del grupo familiar carezca de los mismos y se encuentre en la imposibilidad real de obtenerlos. Por lo tanto, los alimentos gozan de ciertas características que se deben privilegiar dado el fin social que se protege a través de los mismos, esto es, la satisfacción de las necesidades del integrante del grupo familiar que no tiene los medios para allegarse de los recursos necesarios para su subsistencia.* Contradicción de tesis 389/2011. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en cuanto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Contradicción de tesis 148/2012. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

es de orden público el contrato de franquicia y suministro de gasolina y combustibles líquidos producto de la refinación del petróleo celebrado entre particulares y Pemex-refinación.¹⁹³

También en el Derecho francés encontramos otro ejemplo de protección al orden público en resolución judicial que decreta límites a libertades. En efecto, el Consejo Constitucional francés la Decisión 82-141 de 27 de julio de 1982 consideró como limitantes a la libertad de comunicación audiovisual, en que dicha libertad sólo puede ser limitada por el respeto de la dignidad humana, de las libertades y propiedades ajenas, del carácter pluralista de las corrientes de opinión y pensamiento, por la salvaguarda del orden público, entre otras.¹⁹⁴

La jurisprudencia chilena estima, en lo referente al *ius cogens*, que las normas de ésta naturaleza que se encuentren contenidas en los tratados son de aplicación independiente y por ello no requieren ratificación para poder aplicarse internamente. Así lo explica Díaz Tolosa, y además refiere como “el caso más patente, se ha verificado en Chile, tratándose de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (CICGLH), *que codifica la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad* vejatorios de la dignidad humana.”¹⁹⁵

7.5. El Orden Público en relación a la Capacidad jurídica y a los Derechos Fundamentales.

7.5.1. Justificación sobre esta concomitancia

El orden público es útil tanto para garantizar la tenencia y el ejercicio de libertades, de derechos fundamentales y de capacidades jurídicas, así como también, es el fundamento para restringirlas o limitarlas. La correspondencia entre los precitados conceptos dimana de lo que sigue:

Si el **orden público** está conformado *por aquellas reglas y principios jurídicos, públicos y privados, morales, políticos, sociales, económicos y religiosos, derivados explícita o*

¹⁹³ Época: Décima Época. Registro: 2007153. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 15 de agosto de 2014, Materia(s): (Común). Tesis: IV.2o.A.88 A (10a.). Rubro: CONTRATO DE FRANQUICIA Y SUMINISTRO DE GASOLINA Y COMBUSTIBLES LÍQUIDOS PRODUCTO DE LA REFINACIÓN DEL PETRÓLEO CELEBRADO ENTRE PARTICULARES Y PEMEX-REFINACIÓN. AL SER SU OBJETO DE ORDEN PÚBLICO, ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA SU RESCISIÓN.

¹⁹⁴ Cfr. PÉREZ GÓMEZ, Alberto, *El control de las concentraciones de medios de comunicación, Derecho Español y comparado*. Dykinson S.L., Madrid, 2002, p. 148.

¹⁹⁵ “Se reconoce por nuestra jurisprudencia que los tratados que contienen normas de *ius cogens* son codificación de derecho consuetudinario por lo que no es necesario que el Estado los tenga ratificados y vigentes en el orden interno, pues de todas maneras son aplicables los principios de *ius cogens* que contienen en cuanto mantienen su aplicabilidad autónoma.” DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, *op. cit.*, págs. 413 y 414

*implícitamente del ordenamiento jurídico de un Estado; así como las condiciones o presupuestos que son absolutamente obligatorios e ineludibles por ser necesarios para la conservación del orden social y desenvolvimiento correcto y adecuado de una organización social establecida y en una época determinada, ya que en ellos reposa el bienestar común; entonces, la capacidad jurídica -y en especial, la de goce que es la más importante al ser la base de la personalidad y presupuesto de la de ejercicio-; a partir de la dignidad de los seres humanos, por razones de orden público se reconoce en la constitución a la capacidad de goce de todos los derechos, incluyendo los fundamentales; y en la legislación secundaria a la capacidad de goce de otros derechos, ya que la capacidad de goce, es la condición **sine qua non**, primero para la existencia del sujeto de derechos y luego, para que la persona pueda realizarse en todas sus dimensiones posibles. Los sistemas jurídicos parten del reconocimiento a la capacidad de goce como regla general, y sólo como excepción, apoyados también en razones de orden público, se establecen las incapacidades a la misma.*

La misma razón existe para *los derechos fundamentales*, pues el hecho de que la norma fundamental del Estado reconozca a tales o cuales derechos fundamentales en favor de los gobernados, es porque se consideran indispensables para que pueda lograrse el orden público adecuado a las circunstancias de un Estado; pero en el aspecto negativo de la capacidad y los derechos fundamentales; es decir, en tratándose de incapacidades de goce o de restricciones a los derechos fundamentales, cuando el órgano legislativo así lo considera, es porque lo hace en consideración al orden público, no habría otra razón que no fuera esta, para suspender, restringir o limitar derechos fundamentales, o bien, para establecer incapacidades de goce; sin embargo, las incapacidades de goce de derechos fundamentales, sus limitaciones o restricciones, sólo se pueden expresar en la constitución, quien puntualmente señalará los casos y condiciones especiales en que operen. Lo dispuesto en la fracción I, del artículo 27 constitucional que establece: *“En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”*, constituye una incapacidad de goce para los extranjeros, y también un límite constitucional a su derecho de propiedad como derecho fundamental.

Para concluir, la capacidad de goce es el atributo más importante de las personas, ya que sin ella, no se tendría la personalidad; los derechos fundamentales implican una capacidad de goce en favor quienes sean los titulares de los mismos, ya que quienes tienen determinado derecho fundamental, gozan de éste, los detentan.

7.5.1.1 Por el origen de los derechos fundamentales

En el Estado liberal o legalista, los derechos fundamentales aparecían como garantías individuales ante los poderes públicos; en el Estado Constitucional de Derecho, tienen un ámbito más amplio, son derechos de participación en la vida política, social, económica y cultural que exige un compromiso activo de los poderes

públicos, del ejercicio de los mismos en la esfera privada, puede derivar conflicto entre derechos, bienes y valores.¹⁹⁶ Cabe agregar que, en el neoconstitucionalismo, son derechos vinculantes no sólo al Estado o a los Poderes Públicos, sino también a los particulares.¹⁹⁷

Existen dos concepciones sobre los derechos fundamentales, una que los entiende como un orden cerrado y completo; y otra como un orden abierto e incompleto.

Conforme a la primera de ellas *“Los derechos fundamentales, son la manifestación jurídico-positiva de un orden de valores que existe extra y preconstitucionalmente. Desde este punto de vista, el constituyente se habría limitado a reflejar y reconocer estos derechos anteriores, que poseen valor y existencia por sí mismos.”*¹⁹⁸ Serían los derechos naturales que corresponden a las personas, por eso es que se afirme que existen extra-constitucionalmente y pre-constitucionalmente, lo primero ya que existen independientemente de que sean reconocidos o no en la norma fundamental, y lo segundo porque son previos a la misma, y por tanto al ser universales, no pueden ser ni más ni menos, por ello también es que forman un orden cerrado y completo.

En cambio, la segunda de ellas, que los entiende como orden abierto e incompleto, considera que *“las Declaraciones históricas de derechos, desmintiendo su carácter “sistemático” y cerrado, correspondiente a su existencia separada en un orden transpositivo, no son completas. Se han consignado una serie de derechos, a modo de ejemplo, aunque puedan existir otros que no estén en la Constitución y que el legislador no ha recogido, bien porque no ha sabido reconocerlos o porque no ha querido hacerlo.”*¹⁹⁹ Consideramos que ésta postura es la correcta, **los derechos fundamentales no forman un sistema cerrado sino abierto**, se van ampliando cada día, máxime que los derechos fundamentales y libertades públicas en el nuevo paradigma de Estado Constitucional habrán de interpretarse extensivamente.

De Bartolomé Cenzano considera que una concepción muy restrictiva de los derechos y libertades, limita a sus titulares y al ordenamiento jurídico lo hacen ineficaz: *“los derechos y libertades, dentro de su ámbito subjetivo, que debe estar bien predeterminado, se encardinan dentro del ordenamiento jurídico adquiriendo una dimensión que algunos han denominado axiológica (...). Por tanto, una concepción excesivamente restrictiva de los mismos, no solo limita a sus titulares en cuanto a la satisfacción del interés que persiguen mediante su ejercicio, sino al propio ordenamiento jurídico que deviene ineficaz*

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 39

¹⁹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Los Derechos Fundamentales no se suspenden ni restringen en un Régimen de excepción”, *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volumen 9, 2008, pp. 11-49, Piura, 2008, p. 39

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *op. cit.*, p. 40

¹⁹⁹ *Idem.*

y que se desvanece en cuanto a su virtual eficacia.”²⁰⁰ Entonces, la interpretación restrictiva que es la exegética o de subsunción, es inapropiada para interpretar derechos fundamentales, pues una constitución de principios y valores supone otros métodos;²⁰¹ por el contrario, la interpretación de las disposiciones que señalen límites al ejercicio de derechos fundamentales, deben interpretarse restrictivamente.²⁰² Así, con la interpretación extensiva día a día se irá ampliando el horizonte de los derechos fundamentales.

El origen de los derechos fundamentales es diverso, unos son preexistentes al Estado y por tanto, sólo reconocidos en la norma fundamental de los Estados, debemos aceptar que ese reconocimiento la mayoría de las veces, obedeció a verdaderas conquistas populares, pero hoy en día, han sido reconocidos en prácticamente todas las constituciones; sin embargo, también existen otros que son creados por las constituciones modernas, de éstos últimos, cabe la posibilidad que en un Estado existan algunos que no tienen dicho carácter en otros. Más aún, los derechos fundamentales no son una obra agotada o culminada, pues estamos a la expectativa de que día a día se vayan incorporando y reconociendo más derechos de ésta naturaleza.

Referente a los derechos fundamentales reconocidos por los Estados, son aquellos inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, vale decir que son universales y diríamos muy simple, que son aquellos derechos humanos constitucionalizados. Al respecto Ribera Neumann expresa que *“Los derechos fundamentales preestatales son facultades íntimamente vinculadas a la naturaleza misma de la persona, inherentes al ser humano por el solo hecho de ser tal, y dado que el Estado es una estructura social posterior y creada para servirla, éste los reconoce como un límite absoluto a su actuar. Estos derechos pertenecen a todo ser humano, con prescindencia de su nacionalidad, raza, religión, visión política u otro elemento diferenciador, no pudiendo el Estado desconocerlos ni derogarlos.”*²⁰³ Por tanto, al ser consubstanciales a la persona humana, el Estado no tiene más que reconocerlos y no los puede eliminar o derogar de manera absoluta.

²⁰⁰ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *op. cit.*, p. 406

²⁰¹ *“la teoría de la interpretación positivista resulta insuficiente, en materia de derechos fundamentales, máxime cuando nos encontramos ante una Constitución de principios. En particular, la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva.”* FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *op. cit.*, p. 211

²⁰² MINTEGUIA ARREGUI, Igor, *Los sentimientos religiosos y la moral pública como límites del ejercicio de la libertad de producción y creación artística y literaria*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 159 y 160

²⁰³ RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Requisitos Constitucionales para limitar los Derechos Fundamentales”, *Estudios sobre Justicia Constitucional, Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, pp. 231-268, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 241 y 242

Los derechos fundamentales que no son inherentes a la naturaleza humana, pero que han sido creados por los Estados en favor de sus gobernados, sobre éstos Ribera Neumann señala: *“los derechos fundamentales de creación estatal surgen en una sociedad democrática por voluntad de la mayoría y, consecuentemente, su existencia y contenido es variable en el tiempo y depende de los vaivenes culturales, sociales y políticos. Siendo el Estado quien los crea, a él le compete precisar su existencia, su configuración y su esencia, pues exigen de éste normalmente una prestación. Teniendo presente que dichos derechos han sido creados en la propia Carta Magna, debe estarse a lo que ésta indique en cuanto a su alcance, debiendo el ordenamiento jurídico derivado respetar dicho mandato constitucional.”*²⁰⁴ Como estos son variables y distintos de un Estado a otro aunque podrán ser coincidentes en algunos; el Estado tiene la plena potestad para determinar su alcance, sus modalidades, límites y restricciones que considere necesarias, en base a los fines del Estado y a la concepción del orden público que se tenga.

En relación a los primeros, no existe la posibilidad de eliminarlos, pero si puede haber restricciones a los mismos, ya generales o específicas; e inclusive, es posible sean suspendidos; en relación a los segundos, con mayor razón pueden ser restringidos o suspendidos, y en cualquier caso, la suspensión o restricción de cualesquiera de ellos sólo puede justificarse por razones de orden público sujetándose en todo caso a las condiciones de limitación que deben contenerse en la norma fundamental. Pero, *¿sólo en la norma fundamental? ¿Puede la ley ordinaria establecer límites a los derechos fundamentales?*

En principio, el instrumento jurídico adecuado por antonomasia para establecer límites a los mismos es la *constitución*, no obstante, por excepción, la misma constitución puede habilitar al legislador ordinario para que por una ley (de desarrollo) pueda limitar ciertos derechos fundamentales. Mintegua Arreguá subraya: *“hay que remarcar que, en algunas ocasiones, son los propios preceptos en los que se reconocen los derechos fundamentales los que establecen una habilitación concreta al legislador para que posteriormente pueda éste limitar el derecho fundamental mediante la ley de desarrollo o para que pueda realizar un trabajo de concreción de la limitación prevista expresamente en la propia norma constitucional.”*²⁰⁵ Verbigracia la fracción II del artículo 27º constitucional del que se derivan facultades reconocidas al legislador ordinario para *establecer límites a la capacidad* de las asociaciones religiosas en cuanto a la adquisición, posesión y administración de bienes.

7.5.1.2. Por los límites a los derechos fundamentales

Para comenzar tenemos que, el orden público actúa como *límite restrictor de facultades* de las personas en cuanto a la realización de determinados actos, u

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 242

²⁰⁵ MINTEGUA ARREGUI, Igor, *op. cit.*, p. 162

obstando que ciertos actos produzcan efecto al interior de un orden jurídico determinado.²⁰⁶

Si el orden público es límite de facultades para la realización de determinados actos jurídicos, *¿lo puede ser también para el ejercicio de derechos fundamentales?, ¿Los derechos fundamentales son absolutos?, ¿Son relativos?*

Las restricciones de derechos fundamentales sólo pueden llevarse a cabo de manera justificada y racional, por razones de orden público; los casos y condiciones de restricción, deben estar señaladas en la norma constitucional; *“cuando se habla de restricciones o suspensiones del contenido de un derecho fundamental, tanto la restricción como la suspensión se plantea y justifica desde la Constitución misma.”*²⁰⁷ De ello inferimos que no son absolutos, ya que admiten límites y restricciones derivados de la constitución, y en los casos de la ponderación judicial, podemos decir que el límite de un derecho fundamental lo puede constituir otro derecho fundamental contra el que se opone.

Sobre este punto, César Landa considera que los derechos fundamentales no son absolutos: *“la noción de los derechos fundamentales como derechos relativos, no absolutos; es decir que de manera razonable y proporcional pueden estar sujetos a límites en función a otros derechos fundamentales o bienes constitucionales.”*²⁰⁸ En ésta línea Josefa Fernández considera que no son derechos absolutos y subraya: *“los derechos fundamentales, a pesar de su imprescindibilidad, no son derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto.”*²⁰⁹ Y luego tenemos a Francisco García Costa que nos expresa: *“el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas no es absoluto ni incondicionado; antes bien, sólo cabe reputarlo como legítimo siempre y cuando se realice dentro de sus límites concretos.”*²¹⁰ Luis Castillo nos explica que los derechos fundamentales pueden ser suspendidos o restringidos, debido a que su contenido es disponible.²¹¹ Como observamos se pronuncian por la relatividad de los derechos fundamentales al admitir que pueden estar condicionados y que pueden ser suspendidos o restringidos por la norma fundamental y de ella misma deben provenir las condiciones de restricción.

²⁰⁶ Cfr. OBÓN LEÓN, J. Ramón, “El orden público y el interés social en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, IIJ-UNAM, México, 1998, p. 129

²⁰⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *op. cit.*, p. 14

²⁰⁸ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Palestra Editores, Lima, 2010, p.21

²⁰⁹ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *op. cit.*, p. 51

²¹⁰ GARCÍA COSTA, Francisco M., *op. cit.*, p. 201

²¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *op. cit.*, p. 16

Por último, César Landa nos facilita dos segmentos que transcribió de Sentencias de Tribunal Constitucional peruano, en las que en su parte conducente, se confirma la anterior postura.

*“STC 06201-2007-HC, FJ 3. 3. (...) los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales”.*²¹²

*“STC 02700-2006-HC, FJ 18. 18. (...) los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De ahí que el derecho a la libertad de información puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario (...)”.*²¹³

En cuanto a los límites de los mismos tenemos en principio, como “los principales instrumentos para establecer los límites de los derechos fundamentales serán **los propios preceptos constitucionales** que reconocen los distintos derechos y libertades de los ciudadanos.”²¹⁴ Como hemos advertido de lo anterior, en suma, los derechos fundamentales no son absolutos sino por el contrario, son relativos sus límites están contenidos en la propia constitución y en los bienes, valores, principios y derechos constitucionales y por otros derechos fundamentales.

7.5.1.2.1. Clases de límites

En términos generales, en el Estado Constitucional y democrático de Derecho, los límites de los derechos fundamentales derivan de los derechos fundamentales de terceros y de otros bienes protegidos por la constitución.²¹⁵ La limitación de los derechos fundamentales “debe encuadrarse en una serie de parámetros constitucionales, parámetros que están compuestos por los derechos bienes y valores constitucionales (**parámetros externos**), y por el propio contenido, y ejercicio de los derechos fundamentales en el caso concreto (**parámetros internos**).”²¹⁶ Así, los límites pueden ser:

a) Límites internos. Los límites internos son en relación al contenido y están referidos a aquel ámbito mínimo vital para la existencia de un derecho, sin el cual quedaría anulado o no se le reconocería como tal.²¹⁷ Carlos Bernal Pulido indica que no puede restringirse ese mínimo vital del derecho fundamental, sólo “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes

²¹² LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal...* op. cit., p. 33

²¹³ *Ibidem.* p. 34 y 35

²¹⁴ MINTEGUÍA ARREGUI, Igor, op. cit., págs. 158 y 159

²¹⁵ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia...*, op. cit., p. 23

²¹⁶ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, op. cit., p. 147

²¹⁷ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia ...*, op. cit., p. 24

o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social".²¹⁸ En el derecho fundamental que deriva del artículo 6º constitucional, la *libertad ideológica* que es el presupuesto de la manifestación sería un mínimo vital, y la *libertad de manifestación* de ideas sería la periferia.

b) Límites externos. Los límites externos de los derechos fundamentales se vinculan con su goce y ejercicio que la norma legal debe cautelar, *garantizando los demás derechos fundamentales* y protegiendo bienes constitucionales a través de evitar el fraude a la ley, el abuso del derecho o la desviación de poder.²¹⁹ *Están en función del contenido de otros derechos fundamentales* y de los bienes, principios y valores constitucionales.

c) Límites directos. Los que de manera directa se *establecen a través de la norma fundamental o Constitución*.²²⁰ La inmensa mayoría de límites son de éste tipo.

d) Límites indirectos. Los que se establecen por medio de leyes, gracias a *una autorización adjudicada por el constituyente al legislador ordinario*; o como resultado de una concurrencia de derechos, *"vale decir, en aquellos casos en que dos o más derechos constitucionales concurren en una situación concreta y generan tensiones entre sí, lo que exige conciliar sus respectivos ejercicios."*²²¹ El legislador común no puede establecer límites de un derecho fundamental si no proviene de una facultad señalada en la propia constitución.²²² Son excepcionales estos casos; debido al contenido de los derechos fundamentales, no deberían existir ni por autorización adjudicada.

e) Límites genéricos. Si los límites *afectan a todos los derechos constitucionales*.²²³ Un límite que afecta a todos los derechos fundamentales, sería otro derecho fundamental, pues todo derecho fundamental tiene como límite los derechos fundamentales de los demás; lo que equivale a decir, que debe ejercerse sin afectar otro derecho fundamental, en caso de conflicto, la ponderación judicial resolverá la diferencia.

f) Límites específicos. Son específicos aquellos que *se refieren sólo a un derecho o libertad concreto*.²²⁴ Por ejemplo el derecho fundamental consagrado en el artículo

²¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 405.

²¹⁹ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia...*, op. cit., págs. 25 y 26

²²⁰ RIBERA NEUMANN, Teodoro, op. cit., p. 252

²²¹ *Idem*.

²²² FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, op. cit., p. 69

²²³ GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Club Universitario Alicante, 2000, pág. 117.

²²⁴ *Idem*.

6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece la libre manifestación ideológica, contiene límites específicos del mismo: *cuando se ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.*

g) Límites expresos o explícitos. Son aquellos que se encuentran manifiestos de manera evidente en la propia Constitución.²²⁵

h) Límites implícitos o intrínsecos. Los “límites intrínsecos serán aquellos límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental afectado y que derivan de la incorporación de éste al ordenamiento, pero en todo caso operantes en el interior del propio derecho fundamental en cuestión.”²²⁶ Son límites que **no están expresos en la norma fundamental, pero que se derivan o pueden deducirse** del Texto Constitucional).²²⁷ Límites implícitos que se deducen de **una interpretación sistemática** de la Constitución, dado el lugar relativo de cada derecho en el sistema total del que forman parte. En definitiva, se trata de los límites **“impuestos por la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales”**.²²⁸ Cuando el juez hace el ejercicio de **ponderación**, muchas de las veces la hace en base a los límites intrínsecos de cada derecho fundamental en cuestión.

i) Límites ordinarios. Son los que están establecidos en la constitución o se derivan de ella, y son **disponibles para su aplicación en cualquier momento** que se requiera.

j) Límites extraordinarios. Son los que aunque están previstos en la constitución **no son disponibles para su aplicación inmediata, sino que requieren de una autorización especial ante situaciones extraordinarias**, con el fin de preservar el orden público. Tal es el caso del artículo 29 de suspensión de derechos fundamentales.

7.5.1.2.2 Los límites de los Derechos fundamentales en la Constitución Mexicana.

Como primera observación, la constitución **no emplea el término de “derechos fundamentales”**, refiere el término “derechos humanos”, creemos que al ser derechos reconocidos en la norma fundamental mexicana, debieron llamarse “derechos fundamentales”. Así, conforme al artículo primero de la Constitución Federal Mexicana, **todas las personas** gozarán de los **derechos humanos** reconocidos en la propia Constitución y los contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y los haya ratificado.

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ MINTEGUIA ARREGUI, Igor, *op. cit.*, p. 168

²²⁷ GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Sistema constitucional de derechos y libertades, op. cit.*, p. 117.

²²⁸ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *op. cit.*, p. 39

De ésta parte se deriva una *regla general*: “*la capacidad de goce de derechos fundamentales es absolutamente para toda persona*”, sea física, moral, mexicana, extranjera, sin distingos de sexo, edad, raza, religión.

Luego establece una parte muy importante para el punto que estamos tratando, y que tiene que ver con *los límites* de esos derechos fundamentales; establece que *el ejercicio de los derechos fundamentales no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece*.

De ésta parte tenemos *la excepción* al ejercicio²²⁹ de los derechos humanos: En éste aspecto negativo, esto es, en el sentido de limitativo o restrictivo de derechos fundamentales, no tendrían cabida los Tratados internacionales; así, los límites a los derechos fundamentales sólo pueden derivar de la constitución y sólo de ella.

La constitución emplea sólo dos términos la “*restricción*” y la “*suspensión*”. Ahora bien, recurriendo a la Real Academia Española, **limitar**, es un *verbo translativo* que significa “*poner límites*”,²³⁰ es sinónimo de **restringir**, también *verbo translativo* cuyo significado es “*ceñir, circunscribir, reducir a menores límites*”;²³¹ en cambio **suspender** significa “*detener o diferir por algún tiempo una acción u otra, o privar temporalmente a alguien del sueldo o empleo que tiene*”.²³² En el contexto, la suspensión sería un diferimiento temporal de determinados derechos fundamentales, no es una pérdida de derechos, sino una interrupción, y por tanto, un impedimento temporal para el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

De lo anterior tenemos que, toda restricción implica un límite, y todo límite equivale a una restricción; sin embargo con la *suspensión* no ocurre lo mismo, pues si bien, toda suspensión implica un límite; los límites no se agotarían meramente en una suspensión, por lo que utilizaremos como operadores las expresiones siguientes: *el género* serán los límites lato sensu, y *las especies*, las restricciones (límites stricto sensu) por un lado, y por el otro a la suspensión; así, ambas son especies de límites; *la suspensión* es un límite necesariamente temporal y se actualiza sólo en casos extraordinarios; *la restricción* es un límite que puede ser temporal como la suspensión (caso realmente excepcional), y por lo general es atemporal, ya que está expedita o abierta a cualquier momento en que puede actualizarse.

²²⁹ La constitución emplea la palabra “ejercicio”, empero, estimamos que debería ser *al goce de los derechos fundamentales*, pues si sólo lo fuera en relación al ejercicio, cabría la posibilidad de la representación legal que es la que se confiere para quienes no tienen capacidad de ejercicio; en cambio, si lo fuera la de goce, no cabría aquí la posibilidad de la representación, el incapaz de goce no puede actuar, ni por sí, ni por interpósita persona (representante).

²³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 1381

²³¹ *Ibidem*. p. 1961

²³² *Ibidem*. p. 2114

Por otro lado, *no todos los límites lato sensu* equivalen a incapacidades de goce de derechos fundamentales. La expropiación como límite constitucional a la propiedad privada derivadas del artículo 27 constitucional.²³³ Lo serán sólo aquellos que en términos abiertos y de manera absolutos, limiten un derecho fundamental, veamos los casos particulares:

a) En el caso de **la suspensión** de derechos fundamentales, como límite de los mismos, no es ilimitada; ya que como brevemente lo veremos, no comprende todos los derechos fundamentales; no es necesario que se efectúe en todo el territorio nacional; es temporal; no puede ser personal; entonces al no ser una limitación absoluta, estimamos que no puede considerarse como una incapacidad de goce.

En el ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 29 de la constitución regula el caso de suspensión de derechos fundamentales; es lo que la doctrina denomina la “dictadura constitucional”.²³⁴ Sólo procede ante situaciones extraordinarias, tales como *“invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.”* El presidente requiere la autorización del Congreso y tiene que hacerlo mediante prevenciones generales, observando siempre los principios de *legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación*.

La suspensión de derechos fundamentales no puede ser ilimitada, por lo que sigue:

1. El presidente requiere autorización del Congreso de la Unión.
2. Se podrán restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado.
3. Sólo se restringirán o suspenderá el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación.
4. Temporalidad. La suspensión deberá hacerse por un tiempo limitado.
5. Se hace a través una Ley, esta es la naturaleza jurídica del Decreto de suspensión que contiene las “prevenciones generales,” por eso la exigencia de que la restricción o suspensión no se pueda contraer a determinada persona.
6. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución

²³³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales, op. cit.*, p. 468

²³⁴ LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia ..., op. cit.*, p. 27

7. La suspensión o restricción debe ser proporcional al peligro a que se hace frente, y conforme a los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

8.- Calificación de Constitucionalidad y Validez de la Corte. Los decretos expedidos por el Ejecutivo sobre la restricción o suspensión, serán revisados **de oficio e inmediatamente** por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Límites a la suspensión de derechos fundamentales según la CADH Comisión Americana de Derechos Humanos, derivados del Artículo 27-1 y 2 que establecen en lo conducente:

*“en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y **no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social**” (artículo 27-1 CADH).*

*“La disposición precedente **no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la Vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); (principio de Legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos**” (artículo 27-2 CADH).*

En consonancia con lo anterior, el segundo párrafo del artículo 29 de la constitución mexicana establece:

*“En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los **derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.**”*

b) En cuanto a **las restricciones**, o limitaciones estricto sensu. Sólo pueden derivar de la constitución o de otra ley, pero sólo por autorización expresa de la constitución (remisión o reenvío constitucional). De éste último podemos tomar como ejemplo la fracción II del artículo 27 de la norma fundamental mexicana establece que *“Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria.”* De éste artículo se derivan facultades que el constituyente otorga al legislador ordinario para establecer límites a la capacidad de las asociaciones religiosas en cuanto a la adquisición de bienes. Las restricciones absolutas, generalmente equivalen a incapacidad de goce. También, el derecho fundamental al trabajo o *“libertad de trabajo”* consagrada en el artículo 5º constitucional, tiene además de otros límites, el que se cuente con el título profesional si es que es necesario para la actividad que se pretende desarrollar, encontrando aquí también *la remisión al legislador local, quien tiene que determinar las profesiones que requieren título para su ejercicio, condiciones a cubrir y autoridades que habrán de expedirlo.*

1. Restricciones generales. Si limitan absolutamente toda una actividad aplicable a una toda categoría de personas. Por ejemplo, la consagrada en el artículo 33 de la Constitución mexicana que establece: *“Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.”* Tenemos también como ejemplos las limitaciones constitucionales a la propiedad privada derivadas del artículo 27 constitucional, *la imposición de modalidades que dicte el interés público,*²³⁵ o *las incapacidades constitucionales respecto a la titularidad de la propiedad.*²³⁶ Estas restricciones generales, sí entrañan una incapacidad de goce.

2. Restricciones específicas. Se encuentran expresadas en la constitución y se desprenden del mismo dispositivo constitucional, Vrg.: Los límites constitucionales a la libertad de reunión y asociación derivados del artículo 9º *“solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.”* Limitaciones constitucionales de la libertad de trabajo establecidas en el artículo 5º constitucional,²³⁷ *“El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”* Los límites a la libertad de manifestación ideológica, y a la libertad de imprenta consagradas respectivamente en los artículos 6º y 7º de la Constitución:²³⁸ *“en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de*

²³⁵ Vid. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, op. cit., p. 464

²³⁶ *Ibidem*. p. 483

²³⁷ *Ibidem*. p. 311

²³⁸ *Ibidem*. págs. 351 y 361

terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.” Son algunos ejemplos, pero en ellos, aunque restricciones, no pueden ser consideradas como incapacidades de goce, más bien, son condiciones necesarias para el válido ejercicio de esos derechos fundamentales, habida cuenta que un derecho fundamental no puede ejercerse en perjuicio de otros derechos fundamentales, ni del orden público.

c) Las **restricciones extraordinarias**: Son las que se pueden establecer en virtud de la suspensión de derechos fundamentales, éstas no son absolutas, ya que no lo son de todos los derechos fundamentales, primero porque sólo se pueden suspender los derechos que son obstáculo para la situación extraordinaria, y luego porque hay derechos fundamentales que de acuerdo a la constitución mexicana no pueden suspenderse o restringirse tales como: *“el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos,”* y tercero, porque pueden serlo en un lugar determinado y no necesariamente en todo el territorio nacional; por tanto, al no ser límites absolutos, no equivalen a incapacidades de goce, una suspensión no es una pérdida de derechos, sino un impedimento temporal para ejercer ciertos derechos fundamentales

d) La **ponderación judicial**. En ocasiones la delimitación del contenido constitucional del derecho fundamental exige acudir a las circunstancias del caso concreto.²³⁹ La ponderación constituye otro límite al que se enfrentan los derechos fundamentales cuando se oponen a otros; la ponderación busca la coexistencia armónica de los derechos fundamentales con miras a obtener la justicia en el asunto planteado a la decisión jurisdiccional, al ponderar, el juzgador decidirá por una de las razones en pugna entre los derechos fundamentales que se oponen; en éste caso, los límites a los mismos los determina el juez con base a las circunstancias especiales del caso, así, el juicio de ponderación tiene eficacia únicamente para el caso en que se hace; por ésta razón, *éste tipo de límite, por ser relativo, no puede considerarse como incapacidad de goce.*

La ponderación al ser un juicio de valor como resultado de la actividad del juez, Guastini la califica como *subjetiva*; mas no por ello debe ser arbitraria; debe obedecer -como lo señala Juan Carlos De la Torre- a una *justificación racional y objetiva*

²³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *op. cit.*, p. 42

atenta a las circunstancias del caso,²⁴⁰ Por éste motivo, el juicio de ponderación sólo vale para el caso en que se hace,²⁴¹ y no equivale a una declaración general la validez para una y de invalidez para la otra razón opuesta.

7.6. El orden público como límite de la capacidad de goce y de los derechos fundamentales.

La capacidad de goce o jurídica,²⁴² es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones; *“la aptitud para ser sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas determinadas.”*²⁴³ Y constituye la regla general conforme al artículo 1798 del Código Civil Federal, que establece: *“Son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la ley”*.

La cara negativa es la incapacidad de Derecho o de goce, que *“es la falta de aptitud para ser titular de derechos o para contraer obligaciones”*; ²⁴⁴ *“es la inaptitud para ser sujeto de derecho, la inaptitud para ser titular de derechos o de obligaciones [...] la incapacidad de goce conlleva virtualmente la correspondiente incapacidad de ejercicio.”*²⁴⁵ Ésta incapacidad necesariamente ha de provenir de la ley por ser la excepción,²⁴⁶ tal y como se desprende del numeral antes transcrito.

El orden público –de acuerdo a Gonzalo Quiroga-, constituye un límite a la libertad individual y cada Estado señala esos límites, por ello es que algunas razones de orden público podrán variar de un Estado a otro; a tal efecto señala: *“El concepto de orden público se entiende, en términos globales, como un límite impuesto por el interés general a la libertad individual manifestada a través de la autonomía de la voluntad de los sujetos en sus relaciones contractuales ... Cada Estado puede estimar el contenido de cuáles son esos intereses públicos que se consideran de interés general de una forma muy diversa.”*²⁴⁷ Los

²⁴⁰ TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, “Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales?”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 1, pp. 449-474, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 460

²⁴¹ MORESO, Juan José, “Conflictos entre principios constitucionales”, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 103

²⁴² capacidad jurídica, como la denominad Ruggiero, es *“la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en general, a todo hombre, aunque puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos”*, RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929, p. 339..

²⁴³ PÉREZ FUENTES, Gisela, “Nuevo enfoque de la Persona en el Derecho Civil”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 5, Marzo de 1992, pp. 69-78, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992, p. 71

²⁴⁴ SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Limusa Noriega Editores, México, 1982, p. 44

²⁴⁵ OCHOA G, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 225

²⁴⁶ *“Aunque las incapacidades de ejercicio son bastante frecuentes, tanto a su respecto, como tratándose de la incapacidad de goce, se puede establecer el principio [...] que la capacidad legal es la regla, y la incapacidad la excepción.”* CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volumen V, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 25

²⁴⁷ GONZALO QUIROGA, Martha, *op. cit.*, págs. 52 y 53

límites a las libertades y más extenso, los límites generales y absolutos a los derechos fundamentales, generalmente se traducen en incapacidades de goce de los mismos.

Ahora bien, las incapacidades de goce en general, y las incapacidades de goce de derechos fundamentales, al ser casos de excepción, deben estar señaladas en las normas jurídicas generales, y los últimos sólo en la norma fundamental; nunca se presumen, y respecto a ellas cabe la interpretación restrictiva; además, toda restricción a las capacidades de goce, vale decir, “incapacidades de goce” se impone por razones de orden público; por lo tanto, dichas incapacidades se establecen para tutelar el orden público, a diferencia de las incapacidades de ejercicio que tutelan sólo el interés particular.

7.7. El ius cogens internacional y la Incapacidad de goce de derechos fundamentales.

Si las normas del ius cogens internacional son imperativas e inderogables y jerárquicamente están encima de los Tratados, Pactos o acuerdos Internacionales; e incluso de las constituciones de los Estados, atentos al principio de “*lex superior derogat inferiori*”, deben prevalecer; pero fuera de este principio, también desde el punto de vista racional, las normas del ius cogens son por naturaleza protectoras de derechos humanos y fundamentales, por lo que de inicio tenemos que no son normas contrarias a ellos; si son normas imperativas o en ocasiones llegan a ser prohibitivas absolutas, lo son para los Estados u organismos internacionales, y muchas de las prohibiciones o mandatos, son para que los Estados no vayan a través de actos positivos o negativos, a restringir o suspender ciertos derechos fundamentales.

Por otro lado, debemos reconocer que el ius cogens internacional son normas mínimas, y que por ende, no tutelan todos los derechos fundamentales (amén que el contenido de los derechos fundamentales, es distinto de un país a otro), aunque si bien es cierto que muchos de ellos son universales y preexistentes al Estado mismo (los que se identifican con los derechos humanos); también lo es que, hay otros que varían de un Estado a otro; por tanto, sólo los derechos humanos reconocidos como núcleo duro, tendrían ese rango de ius cogens.

La incapacidad de goce de derechos fundamentales se actualiza cuando en un Estado se restringe de manera absoluta y total, tal o cual derecho fundamental, si éste derecho, además no forma parte del núcleo duro de derechos humanos, no habría contravención con el ius cogens, y sería válida la restricción, es decir, sería admisible sostener válidamente esa incapacidad de goce de tal o cual derecho fundamental; en caso contrario; esto es, si el derecho fundamental que se restringe de modo absoluto en una norma constitucional, forma parte del llamado núcleo duro, la restricción estaría violentando el ius cogens que debe prevalecer, por tanto sería ineficaz la

incapacidad de goce de ese derecho fundamental por contravenir al derecho cogente internacional.

7.8. El orden público en relación a la capacidad de goce e incapacidad de goce.

El orden público y la capacidad de goce tienen una relación directa e innegable; en primer lugar, el orden público es la justificación de la capacidad de goce y del ejercicio de derechos fundamentales,²⁴⁸ ya que la capacidad de goce, es la condición mínima social que se exige al Estado y que consiste en el reconocimiento del atributo esencial que debe tener un ente para ser persona, sin ella no se tienen derechos y no se podría, por ende, participar en la vida privada y pública del Estado. Con el reconocimiento de la capacidad de goce de derechos fundamentales, es de lo que tienen que partir en los Estados Constitucionales, así lo proclama el artículo 1º de la constitución mexicana: *"toda persona gozará de los derechos humanos"*.

De igual manera existe una relación de la incapacidad de goce con el orden público, ya que las incapacidades de goce, solamente se justifican cuando se sustentan en razones de orden público, pues se establecen para salvaguardarlo. Por ejemplo, del derecho chileno citaremos un caso de incapacidad de goce que es la única que puede ser de orden público; así lo señala Meza Barrios y nos señala lo siguiente: *"Las incapacidades para suceder son de orden público. Se sigue como consecuencia que la incapacidad es indeleble, no puede sanearse, circunstancia que la diferencia netamente de la indignidad."*²⁴⁹ Y por tanto originan una nulidad absoluta.

Algunos otros juristas consideran de igual manera, que las incapacidades de goce son establecidas por razones de orden público, tales como: Sara MONTERO DUHALT *"la existencia de la incapacidad de derecho o de goce, obedece a razones de orden público, habida cuenta del difuso significado que a la expresión orden público corresponde. Orden público se refiere tanto al campo de lo privado, como al ámbito más extenso del interés público;"*²⁵⁰ Manuel BEJARANO SÁNCHEZ para quien la incapacidad de goce tutela intereses colectivos; y la de ejercicio protege intereses privados o particulares;²⁵¹ Alberto SPOTA G., considera que la incapacidad de goce es una incapacidad de derecho público;²⁵² para Antonio MONTARCE LASTRA, las incapacidades de goce se fundan en el orden público;²⁵³ conforme a Santos CIFUENTES *"las incapacidades de derecho no están sistematizadas en la ley, sino que surgen de las diferentes prohibiciones que en ella se contienen. Son incapacidades relativas, nunca absolutas, y generalmente establecidas*

²⁴⁸ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 209

²⁴⁹ MEZA BARRIOS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones intervivos*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 27

²⁵⁰ MONTERO DUHALT, Sara, "La incapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IJJ-UNAM, México, 1966, p. 832 y ss.

²⁵¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, México, 1999, p. 105

²⁵² SPOTA G., Alberto, *Tratado de derecho civil, Tomo I, Volumen 3*, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 192

²⁵³ MONTARCE LASTRA, Antonio, "La incapacidad civil de los alienados", *Revista jurídica argentina "La Ley."*, Volumen 49, Buenos Aires, 1929, p. 1012

por razones de orden público y para resguardar intereses generales;²⁵⁴ para Julio César RIVERA “con las incapacidades de derecho se trata de proteger principios superiores, o sea de orden público, y especialmente la moral y la buena fe. De allí entonces que las incapacidades de derecho no se establecen en beneficio del incapaz, sino en su contra, para evitar incorrecciones en las que pudiera incurrir con motivo del goce de ese derecho;²⁵⁵ Anahí MALICKI, “el fundamento de las incapacidades de derecho, en principio, radica en la protección de la moral o de intereses de tipo general o colectivos;²⁵⁶ lo mismo que en Ignacio GALINDO GARFIAS,²⁵⁷ Atilio Anibal ALTERINI,²⁵⁸ y Leopoldo PERALTA MARISCAL.²⁵⁹ Manuel F. CÁVEZ ASCENCIO señala: “las limitaciones legales a la capacidad responden a criterios de orden público, de protección a ciertas personas, o bien, a sanciones que se imponen;²⁶⁰ Javier TAPIA RAMÍREZ escribe: “los actos o negocios jurídicos celebrados por un incapaz están afectados de nulidad, ya sea absoluta o relativa, según el caso concreto de que se trate,”²⁶¹ en los casos de incapacidad de goce será nulidad absoluta porque tutela al orden público; en los de ejercicio será relativa porque tutela intereses meramente privados. En suma, las incapacidades de goce han sido creadas por el legislador para tutelar el orden público y cada Estado las fija en base a su soberanía.

En mérito de lo anterior, es que la incapacidad de goce es una inhabilitación absoluta en la que no cabe la representación para el supuesto incapacitante.²⁶² El incapaz de goce, no puede realizar el acto para el que se inhabilita, ni por sí, ni por medio de representante.

7.9. El orden público en relación a la capacidad e incapacidad de ejercicio.

Por cuestiones de estructura, la relación que el *orden público* guarda para con dichas categorías (capacidad e incapacidad), lo expondremos por separado; primero, *el aspecto positivo* que es la relación que el orden público mantiene para con la capacidad de ejercicio; y por el otro, la relación que tiene para con el *aspecto negativo* de la capacidad que es, la incapacidad de ejercicio.

²⁵⁴ CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 176

²⁵⁵ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 396

²⁵⁶ MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, Hechos y Actos Jurídicos, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p.754

²⁵⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, México, PORRÚA, 1987, p. 388 y ss

²⁵⁸ ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 204.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. I, *Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 238

²⁶⁰ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado, Número 7, Sección Doctrina*, pp. 39-50, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 41

²⁶¹ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, McGRAW-HILL, México, 2002, p. 169.

²⁶² “La opinión dominante la reputa una incapacidad de goce (jurídica o de derecho). Inhabilitación absoluta.” SPOTA G. Alberto, *op. cit.*, p. 270

a) Aspecto positivo

Recordando brevemente, que *capacidad de ejercicio, de hecho o capacidad de obrar*, es “la aptitud para ejercitar derechos y realizar actos jurídicos por sí mismo;”²⁶³ “la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos.” RUGGIERO.²⁶⁴ En relación a los actos jurídicos es “la posibilidad de hacerlos por sí mismo, sin la intervención de un representante legal.” SANTIAGO NINO.²⁶⁵ “Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales... es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente”. ROJINA VILLEGAS.²⁶⁶ Ésta capacidad no la tienen todas las personas y se basa en la aptitud de las personas que celebran negocios o actos jurídicos, para que puedan ejercer derechos y cumplir obligaciones por sí mismos; es decir, intervenir de manera directa, sin que sea necesario recurrir a la intervención de un representante, esa aptitud en nuestro derecho contemporáneo sólo se reconoce jurídicamente, cuando el sujeto tiene la capacidad de comprender y de entender; por ello, pudiéramos decir que descansa en la madurez mental.

En mérito de lo anterior, en cuanto a la relación entre orden público y la capacidad de ejercicio, primeramente tenemos que, **la justificación de la ésta capacidad lo constituye la madurez intelectual** que se supone en una persona, y así sea considerada apta para *discernir*, como lo sostiene GERSHI;²⁶⁷ sea apta para darse cuenta de la magnitud sus actos; por tanto corresponde a una idoneidad para entender y para querer; corresponde a la plenitud de las facultades mentales, como lo expresa MESSINEO.²⁶⁸ Cuando una persona tiene esa aptitud, puede realizar actos jurídicos válidamente por sí, o por medio de sus representantes; por tanto, **ésta capacidad no guarda relación directamente con el orden público**, habida cuenta que el *orden público* al ser tan amplio, *se refiere tanto al campo de lo privado, como al ámbito más extenso del interés público.*²⁶⁹

²⁶³ PÉREZ FUENTES, Gisela, “Nuevo enfoque de la Persona en el Derecho Civil”, *op. cit.*, p. 71

²⁶⁴ RUGGIERO, Roberto de., *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, op. cit.*, p. 339.

²⁶⁵ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 218

²⁶⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, Porrúa, México, 1986, p.445

²⁶⁷ El “estado de capacidad de hecho” sólo se adquiere cuando el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de “discernimiento”. GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 64

²⁶⁸ “la capacidad de ejercicio corresponde a un estado psíquico de idoneidad para entender y para querer (arg. A contrario, arts. 428, 1389, 1425, 2046) o, como dice también la ley (art. 120, párrafo), a la “plenitud de las facultades mentales”.” MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 110

²⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *op. cit.*, p. 833.

b) El aspecto negativo

Al ser el aspecto negativo de la capacidad de ejercicio, la incapacidad de ejercicio será entonces, *la no idoneidad o inaptitud de una persona, para ejercitar derechos y realizar actos jurídicos por sí mismo*; sobre ésta incapacidad Carlos Santiago Nino expresa: *“hay personas que no pueden por sí mismas, es decir sin la intervención de un representante legal, adquirir ningún derecho subjetivo civil ni contraer ninguna obligación.”*²⁷⁰ Implica, por tanto, **el impedimento jurídico del sujeto para ejercitar directamente** sus derechos, (por propio derecho) y cumplir por sí mismo sus obligaciones; los incapaces de ejercicio, para contratar o celebrar actos jurídicos válidamente, **tienen que hacerlo por medio de sus representantes legales.**

La incapacidad de goce es presupuesto también de la de ejercicio, por tanto, quien no tiene la primera, tampoco la segunda, pero al contrario; quien no tiene capacidad de ejercicio, no implica el que se carezca de la de goce.²⁷¹ La incapacidad de ejercicio implica que el sujeto tiene o goza determinados derechos y obligaciones, más simplemente no puede ejercerlos, ni cumplirlos, directamente.

Peralta Mariscal, considera que ésta incapacidad tiene un carácter tuitivo del incapaz,²⁷² por lo que **se crea en defensa del incapaz. La *ratio iuris* de ésta incapacidad es la protección de los intereses del incapaz de ejercicio, y se apoya en la insuficiencia de madurez psicológica, o insuficiencia de sus aptitudes mentales;** ALTERINI explica que *“se establecen para salvaguardar ciertas insuficiencias del sujeto que no tiene la necesaria madurez psicológica (minoridad) o está afectado por enfermedad (insania, por ejemplo)...”*;²⁷³ por ello, la minoría de edad y el estado de interdicción, generalmente son sus fuentes.

El fundamento ético-jurídico de la incapacidad de ejercicio es la protección de los (débiles) incapacitados psíquicos, MONTERO DUHALT.²⁷⁴ Con estas incapacidades la ley no pretende sobreponer al incapaz arriba a las demás personas; simplemente protegerlos igualando su situación,²⁷⁵ por esto, se estima que las

²⁷⁰ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 218

²⁷¹ “Si bien, la incapacidad de goce generalmente comprende la de ejercicio, la recíproca no es válida.” SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al derecho mexicano*, IJJ-UNAM, México, 1981, p. 123

²⁷² “La incapacidad de hecho (de ejercicio) está establecida “a favor” del sujeto incapaz; tiene un carácter tuitivo de la persona que carece de aptitudes mentales suficientes como para ejercer por sí misma sus derechos. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, op. cit., p. 238

²⁷³ ALTERINI, Atilio Anibal, op. cit., p. 205

²⁷⁴ Las incapacidades de ejercicio “encuentra su fundamento en razones eminentemente éticas, de solidaridad social, (protección de los débiles, de los incapacitados psíquicos, cualquiera que sea su causa).” MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, op. cit., p. 833.

²⁷⁵ “la ley no pretende poner al incapaz (de ejercicio) en mejores condiciones que los demás; sólo pretende igualar su situación a la del resto de los integrantes del tejido social.” PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., op. cit., p. 253

incapacidades de ejercicio sólo se establecen en beneficio del incapaz, de allí que sólo él o su representante están legitimados para invocarla.

En cuanto a la relación entre orden público y la incapacidad de ejercicio, habida cuenta que el fundamento ético-jurídico de las incapacidades de ejercicio descansa en la protección de los incapacitados psíquicos, las incapacidades de ejercicio se establecen por el legislador, atendiendo los intereses del incapaz; la ratio iuris de su existencia es para tutelar razones de orden particular; por tanto, ésta incapacidad *no guarda relación inmediata con el orden público*, más bien con los intereses particulares del incapaz y por tanto directamente con el orden privado.

7.10. Necesidad de determinar la consecuencia para cada incapacidad.

Como proemio del presente apartado tenemos a las disposiciones del Código Civil Federal tienen injerencia en el tema;²⁷⁶ de la fracción I del artículo 1795 del Código Civil Federal se desprende a *la incapacidad de una o de ambas partes, como supuesto para invalidar un contrato*; así como el artículo 2228 del mismo ordenamiento que señala que *la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo*. Este es el punto central, pues no se distingue el tipo de incapacidad, sólo se expresa en ambos dispositivos “la incapacidad”.

Resulta por tanto, necesario el determinar el tipo de incapacidad para poder derivar las consecuencias jurídicas apropiadas para cada una de ellas.

Si bien es cierto, que la incapacidad de goce se equipara en cierto modo a la ilicitud, también lo es que no son lo mismo; la incapacidad de goce es autónoma, es un elemento de validez distinto a la ilicitud, también elemento de validez, la incapacidad de goce tiene sus propias características; la ilicitud en cambio, está conformada por un cajón muy amplio donde cabrían aquellos supuestos por los que se contravienen a las normas jurídicas y que además no tienen un trato especial por la misma norma; de lo contrario, podríamos decir que es ilícito que un menor de edad celebre un contrato de arrendamiento, por ejemplo; y sin embargo no es así, esto se entiende no propiamente como una ilicitud, sino como una incapacidad de ejercicio; sólo sería ilicitud si no hubiera las reglas que establecen y determinan la incapacidad de ejercicio. Lo mismo, creemos que debe ser, en tratándose de las “incapacidades de goce”. El que la ley mexicana señale que “la incapacidad de las partes produce la nulidad relativa”, es inapropiado; se debe por ello deslindar el tipo de incapacidad; si es la de goce, debe originar la nulidad absoluta; si es la de ejercicio, la nulidad

²⁷⁶ Del Código Civil Federal: Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; ... Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

relativa, ya que cada una de ellas nos lleva a escenarios y alcances diversos, tan solo la prescripción es un mero ejemplo de ello.

7.11. Consecuencias jurídicas de las incapacidades.

Los temas que en relación a la incapacidad abordaremos en éste punto serán: la nulidad y la presunción de validez, la convalidación, la prescripción, quién puede invocarla incapacidad, en qué momentos surte efectos la nulidad, y finalmente, cuáles son los presupuestos y efectos de la sentencia de nulidad.

Determinaremos primeramente las *consecuencias sustantivas* de las incapacidades de goce y de ejercicio y en ellas será deslindar el *tipo de nulidad* que debe corresponder a cada tipo de incapacidad; *la convalidación* por incapacidad, en cuanto a la convalidación veremos en qué tipo de incapacidad es convalidable por confirmación o ratificación y en cual no; y por último la *presunción de validez* será el exponer cómo opera el régimen de las nulidades en México, de la que se deriva esa presunción de validez.

Por separado resaltaremos lo que denominamos las consecuencias procesales de cada incapacidad en las que las relacionamos con *la prescripción*, en ésta nos proponemos determinar en qué tipo de incapacidades opera la prescripción y por lo tanto se convalida el acto, y cual incapacidad es imprescriptible; en cuanto a la *legitimación para invocar la incapacidad* debemos explicar quienes lo están para la incapacidad de goce y quienes para la de ejercicio; resaltar que la incapacidad puede ejercitarse *vía acción o vía excepción*; y lo mismo explicar cómo opera la validez de los actos en los que hay incapacidad y en qué momento surte efectos la nulidad; y por último, los presupuestos de la sentencia de nulidad absoluta y los de sentencia de la nulidad relativa, (el efecto retroactivo de las mismas) y la integrum restitutio.

7.11.1. Consecuencias sustantivas de la incapacidad goce y de la de ejercicio.

Le denominamos sustantivas, porque son consecuencias de carácter extra procesal; las definiciones de cada capacidad e incapacidad, los tipos de nulidad que a cada una de ellas corresponde, así como la convalidación y la presunción de validez, son actos que se actualizan y de hecho se realizan fuera de un procedimiento jurisdiccional; obedecen a normas sustantivas que tienen que ver con el derecho material o sustantivo,²⁷⁷ entendido como normas que declaran supuestos de hecho y sus consecuencias legales fuera del proceso; como por ejemplo, los derechos del acreedor, las obligaciones del deudor que pueden tener muchas facetas, tales como vendedor, arrendatario, permutante, cedente, cesionario, esposa, tutor, heredero, hijo,

²⁷⁷ Entendido como “aquel que establece los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados por el ordenamiento jurídico.” OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho, Tomo I, Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 27

capaces de ejercicio, capaces de goce. El derecho material o sustantivo es el que fundamento de la acción²⁷⁸ o la excepción, y *puede ser* realizarse como un derecho eminentemente privado, en contraposición con el derecho adjetivo, que requiere del ejercicio de la acción y por vocación es público.

En relación a la parte in fine del anterior párrafo, *el pago*, por ejemplo, es un *derecho sustantivo privado* que puede usarse como *fundamento de la acción* para demandar la rescisión de un contrato; o bien usado como *fundamento de la excepción de pago*, opuesta ante el ejercicio de la acción de cumplimiento; en ambos casos su fundamento es “el pago” que constituye como tal, un derecho privado. Un segundo caso donde el fundamento es un derecho público. Por ejemplo, *la cosa juzgada* también puede ser opuesta *como excepción*, o ser la base *para accionar* la ejecución de la misma, y como fue el resultado de un procedimiento jurisdiccional previo, fundamento para la excepción o para acción de ejecución de la sentencia, nos estaríamos basando en un derecho de naturaleza pública, porque se constituyó con la decisión del juez. Un tercer caso donde partimos de un *procedimiento* (derecho adjetivo) pero de *carácter privado*; para ello tenemos lo siguiente: cuando se ejercita una acción o se opone una excepción, normalmente se hace ante órganos jurisdiccionales del Estado; pero excepcionalmente pueden, en virtud de un convenio de compromiso arbitral, ejercitarse u oponerse ante un particular “árbitro”, hasta allí actos eminentemente privados; sería público, hasta que se vaya a ejecutar por la fuerza, y entonces sea necesario la intervención de un juez, quien solamente homologará y la ordenará la ejecución.

El punto toral de éste apartado será determinar el *tipo de nulidad* que debe corresponder a cada tipo de incapacidad.

7.11.1.1 La nulidad correspondiente por incapacidad de goce.

En base a todos los conocimientos abordados previamente señalaremos primero las consecuencias que deben ser correspondientes ante los casos de incapacidad de goce. Este es el punto toral, donde la legislación mexicana adolece; sin embargo, los juristas mexicanos que con anterioridad hemos citado,²⁷⁹ por considerar que la incapacidad de goce se confiere por razones de orden público, consecuentemente estarán de acuerdo en concluir que la consecuencia es la nulidad absoluta, ya que es la que corresponde a los actos ejecutados contra las leyes de orden

²⁷⁸ TORIA ARIAS, Ramón, *Teoría General del Proceso y su aplicación al proceso civil en Nayarit*, Universidad Autónoma de Nayarit, Tepic, 2000, p. 63

²⁷⁹ Tales como: MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IJ-UNAM, México, 1966, p. 832 y ss.; Manuel Bejarano, BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105; Ignacio Galindo Garfías, GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, *op. cit.*, p. 388 y ss; Manuel Chávez Ascencio, CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *op. cit.*, p. 41; Javier Tapia Ramírez, TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 169.

público. Además de los otros autores mexicanos ya referidos, también Bejarano Sánchez considera que la incapacidad de goce debe reprimirse con mayor severidad; y su consecuencia debe ser la nulidad absoluta.²⁸⁰

En el derecho argentino encontramos abundantes referencias en el sentido de que *las consecuencias atribuibles a la incapacidad de goce debe ser la nulidad absoluta*: Gustavo BOSSERT y Eduardo ZANNONI agregan además que es definitiva e inconfirmable;²⁸¹ Julio César RIVERA;²⁸² Leopoldo PERALTA MARISCAL agregando también que el acto así otorgado es in-susceptible de confirmación;²⁸³ Carlos SANTIAGO NINO;²⁸⁴ y Santos CIFUENTES, deriva la nulidad absoluta de la incapacidad de goce, por tutelar el interés público.²⁸⁵ Otros autores también argentinos tales como ALTERINI²⁸⁶ y MALICKI²⁸⁷ quienes al afirmar que las incapacidades de goce tutelan orden público, admiten por tanto que la consecuencia es la nulidad absoluta que es la que tutela a esa categoría conceptual.

Del derecho chileno tenemos a Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA,²⁸⁸ Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE,²⁸⁹ y Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ.²⁹⁰ En el derecho colombiano RAMÍREZ BAQUERO²⁹¹ estima que la nulidad absoluta es una sanción establecida en defensa del orden público.

²⁸⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105

²⁸¹ “por ejemplo, a quien está impedido de adoptar por una expresa prohibición de la ley (incapacidad de derecho)[...] La nulidad será absoluta, ello es, definitiva, inconfirmable.” BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 514.

²⁸² “la consecuencia atribuible de la incapacidad de goce debe ser la nulidad absoluta.” RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 397 y 396

²⁸³ “La sanción para los negocios jurídicos otorgados con ausencia de capacidad de derecho (de goce) es la nulidad absoluta. Corolario de ello es que el acto así otorgado es insusceptible de confirmación.” PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 239.

²⁸⁴ Estima que las consecuencias ante la incapacidad de goce deben ser la nulidad absoluta; NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 219

²⁸⁵ “en cambio la de goce por lo general puede engendrar la nulidad absoluta ya que tutela el interés colectivo o público.” CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 407 y 176

²⁸⁶ ALTERINI, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 204.

²⁸⁷ MALICKI, Anahí, “Comentarios de los artículos 1037 a 1065”, *op. cit.*, p.754

²⁸⁸ La sanción del testamento otorgado por un incapaz de goce es la nulidad absoluta. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Derecho Sucesorio, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 393

²⁸⁹ La nulidad que la incapacidad (de goce) acarrea es, pues, una nulidad absoluta. MEZA BARRIOS, Ramón, *op. cit.*, p. 27

²⁹⁰ Estima que la incapacidad de goce da origen a una nulidad absoluta y la de ejercicio a la relativa y agrega: “Los efectos de la incapacidad particular son diferentes de los de las dos incapacidades generales, según veremos, porque ella puede dar origen tanto a una nulidad absoluta como a una relativa, según el caso.” ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo I, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 450

²⁹¹ RAMÍREZ BAQUERO, Edgar, *La ineficacia en el Negocio Jurídico*, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 381

Visto desde otro ángulo, *“la violación a normas de orden público interno equivale a una ilicitud, y su consecuencia es la nulidad del acto, del contrato o de la cláusula si puede separarse del contrato;”*²⁹² así, no dudamos que las transgresiones al orden público, implican una ilicitud y su consecuencia debe ser la nulidad absoluta, sin embargo, estimamos que la incapacidad de goce, debe situarse por sus características específicas como una especie autónoma o categoría especial *-distinta de la ilicitud-*, que engendre también al igual que ésta, la **nulidad absoluta**. En conclusión, toda vez que la capacidad de goce no sólo tutela el interés particular, pues su protección va más allá, salvaguardando el interés colectivo, y por tanto el orden público; por ello es que las incapacidades de goce son establecidas por el legislador, atendiendo a razones de orden público, y la consecuencia de su infracción debe ser la nulidad absoluta.

7.11.1.2 La nulidad correspondiente por incapacidad de ejercicio.

Ahora nos proponemos determinar las consecuencias que deben ser correspondientes ante los casos de incapacidad de ejercicio; situación que estimamos menos compleja que la anterior, pues el artículo 2228 del Código Civil Federal establece que *la incapacidad* de cualquiera de los autores del acto produce la **nulidad relativa**.

Recordando que los juristas mexicanos *Sara Montero Duhalt, Manuel Bejarano, Ignacio Galindo Garfias, Manuel Chávez Ascencio, Javier Tapia Ramírez*, y juristas extranjeros que señalan a la nulidad absoluta como consecuencia natural de la incapacidad de goce, tales como: *Gustavo Bossert, Eduardo Zannoni, Julio César Rivera, Leopoldo Peralta Mariscal, Carlos Santiago Nino, Santos Cifuentes, Atilio Alterini, Anahí Malicki, Ramón Domínguez Águila, Ramón Domínguez Benavente y Arturo Alessandri*, quienes han afirmado que la incapacidad de goce se sustentan en el orden público al que se tutela con ese tipo de incapacidades, y por lo tanto la nulidad que le corresponde sea la absoluta, no les queda otra opción más que, ante los casos de incapacidad de ejercicio, la nulidad correspondiente sea menos severa y el único camino es la nulidad relativa.

De manera expresa así lo refieren: Jorge A. **SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA**, quien señala que *“Las incapacidades de ejercicio son incapacidades de protección. Este carácter de protección se traduce en la sanción civil que la ley adscribe a los actos de los incapaces: nulidad relativa, que es una nulidad de protección.”*²⁹³ Manuel BEJARANO SÁNCHEZ, expresa que consecuencia que debe atribuirse a la incapacidad de ejercicio es la nulidad relativa.²⁹⁴ Julio César RIVERA nos dice que el acto realizado por el incapaz de ejercicio también será nulo, pero de nulidad relativa.²⁹⁵ Carlos

²⁹² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, *op. cit.*, p. 237 y ss

²⁹³ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 123

²⁹⁴ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 105

²⁹⁵ *“frente a la expuesta finalidad de carácter tuitivo del incapaz, la sanción de la ley habrá de tener un rigor menor que el que anteriormente vimos en el supuesto de incapacidad de derecho. En el presente, el acto*

SANTIAGO NINO estima que las consecuencias ante la incapacidad de hecho (de ejercicio) deben ser la nulidad relativa.²⁹⁶ Santos CIFUENTES de manera textual señala que *“el interés de la incapacidad de hecho o de ejercicio es proteger al incapaz por ello su nulidad debe ser relativa.”*²⁹⁷ Leopoldo PERALTA MARISCAL nos refiere: *La sanción para los negocios jurídicos otorgados con ausencia de capacidad de hecho (de ejercicio) es la nulidad relativa. Consecuentemente, el acto es confirmable.”*²⁹⁸

La conclusión es que la incapacidad de ejercicio al ser tuitiva del incapaz, esto es, que protege intereses del inhabilitado, y por tanto, son intereses meramente privados; así, la consecuencia de su infracción debe ser menos rigurosa que, si se tratare de una incapacidad de goce; en suma, la consecuencia atribuible a la incapacidad de ejercicio debe ser nulidad relativa.

7.11.1.3. La convalidación.

La segunda de las consecuencias sustantivas es *la convalidación* por incapacidad. La convalidación *“es la purgación del defecto o de la irregularidad que hasta entonces impedía que el acto produjera plenamente sus efectos”*.²⁹⁹ En cuanto a la convalidación relacionada con la incapacidad, determinaremos en qué tipo de incapacidad es convalidable por confirmación o ratificación y en cual no. Por las razones previamente expresadas las consecuencias de la nulidad por incapacidad.

Las especies de convalidación son la confirmación y la ratificación del acto anulable.³⁰⁰ Según la Real Academia Española confirmar, deriva del latín *confirmāre*, que significa “Revalidar lo ya aprobado.” Y de manera particular nos brinda un significado jurídico que es: *“Der. En los contratos o actos jurídicos con vicio subsanable de nulidad, remediar este defecto expresa o tácitamente.”*³⁰¹ Ratificación, en cambio, proviene del latín *ratus*, confirmado, y *-ficar*, cuyo significado es *“Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos.”*³⁰² Ignacio Galindo Garfias estima que la ratificación se realiza a través de un nuevo acto que celebran las partes, subsanando el derecho o los defectos que padecía el acto en su origen; y en la confirmación, las partes sin otorgar de nueva cuenta el acto, y cuando ha cesado la causa de nulidad aceptan los efectos producidos y los que en el futuro produzca el

realizado por el incapaz también será nulo, pero de nulidad relativa. Resulta razonable tal solución, habida cuenta de que estando establecida la incapacidad en protección del incapaz de hecho, nada impide que resultándole el acto beneficioso, éste sea confirmado por su representante legal, o por él mismo cuando desaparezca la causa de la incapacidad.” RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, *op. cit.*, p. 403

²⁹⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 219

²⁹⁷ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 407

²⁹⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 239.

²⁹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General*, *op. cit.*, p. 263

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 264

³⁰¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, p. 621

³⁰² *Ibidem*. p. 1901

acto hasta entonces invalidado (ratificación tácita).³⁰³ Nosotros, sin embargo, consideramos que pueden ser empleados como sinónimos, primero, porque la ratificación puede ser expresa o tácita (recordemos que para Galindo Garfias, la confirmación es una ratificación pero tácita), y de la Real Academia, obtenemos que la confirmación puede ser expresa, y por otro lado, la ratificación es confirmar o aprobar actos previos.

La incapacidad de goce no es convalidable. La incapacidad de goce es de más gravedad, ya que tutela el orden público, y no permite que la voluntad de los particulares pueda vulnerarlo, por ello es que ante los casos de nulidad absoluta, la regla general es que, no se permite convalidarlo; de manera especial, la nulidad absoluta por incapacidad de goce debe ser insalvable, ni con ratificación ni por confirmación puede quedar saneada ésta incapacidad.

La incapacidad de ejercicio es convalidable. La incapacidad de ejercicio es menos grave, partiendo de su carácter tuitivo, que tutela intereses del incapaz, es posible que la voluntad particular pueda intervenir para sanearla; así mediante la confirmación o ratificación hecha por el representante del incapaz pueda quedar salvada, y por lo tanto se convalida. El fundamento legal descansa en el artículo 2233 del Código Civil Federal,³⁰⁴ que en lo conducente permite convalidar el acto afectado de nulidad por incapacidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación.

7.11.1.4. La presunción de validez.

De acuerdo a la doctrina tenemos a las *nulidades ipso iure o de pleno derecho*³⁰⁵ y a las que *requieren declaración judicial*.

Las nulidades ipso iure o de pleno derecho, implican que de forma inmediata, por el ministerio de la ley, es nulo el acto así señalado, sin que sea necesaria la intervención judicial que así la declare. Según Manuel ALBADALEJO por ésta nulidad, se “*convierte el acto respectivo en ineficaz perpetuamente y desde el inicio.*”³⁰⁶ Sólo serán nulos de pleno derecho, aquellos actos respecto de los cuales la ley así lo señale de manera expresa.

³⁰³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. op. cit.*, p. 264

³⁰⁴ El artículo 2233 del Código Civil Federal es del tenor literal siguiente: Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación.

³⁰⁵ Vid. ROBLEDA, Olis, *La nulidad del acto jurídico*, Librería Editrice Dell “Università Gregoriana, Roma, 1964, p. 58; también abunda sobre ella ALARCÓN ROJAS, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

³⁰⁶ ALBADALEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 404 y ss.

Las nulidades que requieren declaración judicial necesitan la mediación de un juez; para ALESSANDRI *“es necesario que la nulidad de que adolece, absoluta o relativa, haya sido discutida en un juicio seguido ante un tribunal competente y que, como consecuencia de ese litigio, se haya dictado una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad que en él se haya deducido.”*³⁰⁷ Es decir, son aquellas en las cuales, mientras el juez en un fallo no las declare nulas, estarán produciendo sus efectos como válidos; en el derecho mexicano, en éstas últimas encontramos a los casos de nulidad absoluta y de nulidad relativa.

El fundamento legal que parte del Código Civil Federal son los siguientes artículos:

Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

De ellos se tiene que, los actos afectados tanto de nulidad absoluta como de la relativa, producen provisionalmente sus efectos como válidos, mientras el juez no haya pronunciado la nulidad en una sentencia.

La posición doctrinal en nuestro derecho mexicano era que, no existen las nulidades de pleno derecho; así lo considera, por ejemplo, Jorge Sánchez-Cordero quien expresa que no hay nulidades de pleno derecho: *“a pesar de lo que pudiera sugerir el texto legal, en nuestro derecho positivo, no hay nulidades que surtan sus efectos de pleno derecho. Las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente.”*³⁰⁸ También José Luis de la Peza Muñoz Cano afirma que *“tanto nulidades absolutas como relativas tienen que ser declaradas por una sentencia, ya que en nuestro sistema no existen las nulidades ipso iure.”*³⁰⁹

La posición Judicial sobre el tema deriva de la aún aplicable tesis jurisprudencial número 886 del Segundo Colegiado del Sexto Circuito, consultable en

³⁰⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, Cuarta Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 317

³⁰⁸ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 99

³⁰⁹ LA PEZA MUÑOZCANO, José Luis de, *De las obligaciones*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 137.

el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Octava época, Tomo VI, página 608, citada a la voz de: **NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.**³¹⁰

Por lo anterior, se puede afirmar que en el derecho mexicano es regla general que no existen las nulidades de pleno derecho; a menos la misma ley así lo señale. Verbigracia, **el artículo 1724 del Código Civil Federal** señala: *Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispense al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas. O En actos jurídicos procesales, es nulo lo actuado ante juez incompetente; así el artículo 17 del Código Federal de Procedimientos Civiles que establece: "Es nulo de pleno derecho lo actuado por el tribunal que fuere declarado incompetente, salva disposición contraria a la ley."*

Si los actos señalados simplemente como nulos, de nulidad absoluta, o de nulidad relativa, no lo son de pleno derecho; entonces, realmente no son nulos; lo correcto sería decir que "están afectados de nulidad", ya que mientras no medie la intervención del juez para que en una sentencia sea declarada tal o cual nulidad, el acto surte efectos como si fuera válido; *en esto consiste la presunción de validez*, que "mientras el acto afectado de nulidad, sea absoluta o relativa, no sea así declarado en sentencia ejecutoria, surtirá efectos de validez."

7.11.2 Consecuencias procesales de la incapacidad de goce y de la de ejercicio.

Los puntos que trataremos como consecuencias procesales de la incapacidad, serán los relativos a *la prescripción*, a la *legitimación para invocar cada incapacidad*; resaltar que la incapacidad puede invocarse *vía acción o vía excepción*;³¹¹ en el apartado relativo a *la sentencia*, especificar cómo opera la invalidez de los actos en los que hay incapacidad, cuáles son los presupuestos de la sentencia de nulidad absoluta y los de la nulidad relativa; en qué momento surte efectos la nulidad; el efecto retroactivo de las mismas; y la *integrum restitutio*. Les denominamos procesales porque están destinadas a surtir efectos con motivo del procedimiento, y esta expresión la hemos tomado en consideración al derecho adjetivo, llamado también derecho instrumental o procesal, cuyas prescripciones son entendidas como "*normas*

³¹⁰ El cuerpo de la tesis es el siguiente: "Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO Octava época: Amparo en revisión 532/91. Javier Ramírez Maldonado y otro. 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 63/92. Ambrosio Saloma García. 11 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 72/92. Salvador Macías Acevedo. 11 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 208/92. Gregoria Morales Aguilar. 29 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 262/92. Santiago Morales Osorno. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis VI.2o.J/222, Gaceta número 59, pág. 67; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Noviembre, pág. 173."

³¹¹ ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011, p. 356

que garantizan el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo.”³¹²

7.11.2.1. La prescripción.

En cuanto a *la prescripción*, en ésta nos proponemos determinar en qué tipo de incapacidades opera la prescripción y por lo tanto se convalida el acto, y cual incapacidad es imprescriptible.

La incapacidad de goce, al ser presupuesto de nulidad absoluta, comparte por lo mismo de las características de ésta, y la característica conducente a éste punto a desarrollar, *es la imprescriptibilidad* de la misma. En la parte final del artículo 2226 del Código Civil Federal³¹³ se desprende la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta, que por las razones que venimos sosteniendo, es la que jurídicamente le corresponde a la incapacidad de goce.

Por el contrario, la incapacidad de ejercicio, al ser motivo de nulidad relativa, también comparte las características de ésta nulidad y la correspondiente a éste punto es el de *la prescripción*. La acción para demandar la nulidad por incapacidad de goce es prescriptible, por ende, si no se demanda la nulidad relativa dentro de los plazos que la ley señala, la consecuencia jurídica que se origina es la prescripción de la acción de nulidad. Conforme a los artículos 2236 en correlación con el 638 de la Ley Sustantiva Civil Federal, la acción de nulidad por incapacidad prescribe cuando trascurren los plazos³¹⁴ para ejercitar la acción ya sea personas o real, según corresponda a la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

7.11.2.2. La legitimación.

En lo referente a la *legitimación para invocar la incapacidad*, debemos especificar quienes están legitimados para invocar la incapacidad de goce, y quienes para invocar la incapacidad de ejercicio.

Están legitimados para demandar la nulidad por incapacidad de goce, aquellos que lo están para demandar la nulidad absoluta que es la que corresponde a ésta incapacidad. En el derecho argentino, la nulidad absoluta estima Peralta Mariscal que

³¹² OLASO, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho, Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 27

³¹³ **Artículo 2226.-** La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

³¹⁴ Del Código Civil Federal: Artículo 2236.- La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido. Artículo 638.- La acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

responde a cuestiones de orden público e interés social, por ello es que cualquier persona puede solicitarla; amén de que el juez debe decretarla oficiosamente si es manifiesta.³¹⁵ Conforme al artículo 2226 del Código Civil Federal,³¹⁶ se establece que de ella puede prevalecerse todo interesado. En nuestro derecho mexicano, no se enuncia legalmente como en el argentino, primero, porque debe pronunciarse sólo con motivo del ejercicio de la acción o como excepción opuesta, pero no oficiosamente; y segundo, porque a diferencia del argentino que considera un *interés simple* pues considera a *cualquier persona*, como legitimada para ejercitarla; la ley mexicana en cambio, señala que sólo las personas que tengan un interés; entendiendo que es el *jurídico o directo*, que de suyo, es restrictivo de la titularidad de quien tenga un derecho que se vea afectado por ese acto donde interviene el incapaz. Sobre la legitimación para invocarla, Robles Farías expresa que “Si se trata de un acto afectado de nulidad absoluta, podrán oponerla todos los interesados [...] Cuando decimos que puede oponerla todo interesado nos referimos sólo a aquellas personas que tengan un interés jurídico legítimo y no cualquier persona en general;”³¹⁷ no obstante que la primer interpretación sobre la legitimación para ejercitar esa acción se refería al tradicional concepto de interés jurídico correspondiente a quien sufre un agravio personal y directo, también creemos que podría abarcarse al *interés legítimo*, pero no al *interés simple o difuso*, propio de la acción pública o la acción popular en defensa de la ley.³¹⁸

Por lo que respecta al posicionamiento actual del Poder Judicial Federal, se refiere al *interés jurídico*. De la Novena época, tenemos la tesis de jurisprudencia 57/2011.³¹⁹ Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la

³¹⁵ En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad absoluta, la ley dice que sólo procede en el caso de que aparezca manifiesta en el acto (art. 1047), es decir, cuando se trate de un acto nulo; con ello se quiere impedir que el juez pueda abusar de sus poderes, haciendo pesquisas o investigaciones en asuntos privados de los hombres, so pretexto de la existencia eventual de una nulidad absoluta y sin que medie pedido de parte interesada. Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 541

³¹⁶ Del Código Civil Federal: Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

³¹⁷ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 356

³¹⁸ VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, “El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 415-466, IIJ-UNAM, México, 2012, p. 430

³¹⁹ Época: Novena Época; Registro: 161036; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 57/2011; Página: 828, citada a la voz de NULIDAD ABSOLUTA. PUEDE EJERCER LA ACCIÓN RELATIVA TODO AQUEL QUE CUENTE CON INTERÉS JURÍDICO Y DE ELLA SE PUEDE PREVALER TODO INTERESADO UNA VEZ DECRETADA POR AUTORIDAD JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 2226 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Si bien el citado precepto establece que todo interesado se puede prevaler de la nulidad absoluta y que ésta se actualiza como la sanción máxima que el legislador impone a los actos jurídicos imperfectos, debe interpretarse que dicha facultad le corresponde a aquel que tenga interés jurídico para demandar la nulidad absoluta de un acto y no sólo por las partes intervinientes en él. Ello en atención a que la nulidad absoluta se actualiza cuando la trascendencia del vicio que la provoca es de tal entidad que afecta el interés general, por ser contrario a una ley prohibitiva o de orden público. En consecuencia, si la nulidad absoluta puede ser solicitada ante autoridad judicial únicamente por persona que cuente con interés jurídico, luego entonces, cualquier interesado se puede prevaler de ella hasta la

Nación, en sesión de fecha once de mayo de dos mil once, con motivo de la Contradicción de tesis 379/2010. Bajo el rubro: *NULIDAD ABSOLUTA. PUEDE EJERCER LA ACCIÓN RELATIVA TODO AQUEL QUE CUENTE CON INTERÉS JURÍDICO Y DE ELLA SE PUEDE PREVALER TODO INTERESADO UNA VEZ DECRETADA POR AUTORIDAD JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 2226 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL*. Creemos sin embargo, que como la ley civil refiere que “todo interesado”, con los criterios interpretativos de la décima época, pronto podrían en base al principio de tutela judicial efectiva, por el que se proclama el que ésta debe ser realmente expedita y accesible a los justiciables; y entonces, establecerse criterios judiciales más amplios, llegando sin ninguna restricción a considerar el interés legítimo. Robles Farías hace la afirmación que puede llegarse inclusive al interés simple o difuso,³²⁰ sólo que se ejerciten acciones colectivas;³²¹ lo cual, creemos que es un tanto cuanto difícil de aplicarse en materia de ésta nulidad.

Sin ser propiamente el objeto de estudio, simplemente referiremos a los tres tipos de interés que el constitucionalismo contemporáneo considera: el interés jurídico o directo, el interés legítimo y el interés simple o difuso. Francisco Vázquez Gómez Bisogno nos propone: *El interés jurídico o directo* tiene como características lo restrictivo para acudir a la justicia, pues requiere de una afectación personal y directa a un derecho, del que el accionante debe ser su titular; “Por ejemplo, ante la orden de demolición de un pórtico del siglo XIX, sólo el propietario del mismo podría ejercitar alguna acción ante la jurisdicción.” *El interés legítimo* es más permisivo para acceder a la justicia, supone que el accionante mantiene una situación especial frente al orden jurídico, “Por ejemplo, ante la orden de demolición de un pórtico del siglo XIX, no sólo el propietario del mismo podría ejercitar alguna acción ante la jurisdicción, sino también un vecino de la comunidad en que dicha construcción se encuentre.” *El interés simple o difuso* tiene como característica el ser absolutamente permisivo para acceder a la justicia toda vez que supone que el demandante debe y puede cuidar la constitucionalidad de cualquier acto. “Por ejemplo, ante la orden de demolición de un

declaratoria judicial en términos del artículo en comento, pues prevaler significa “valerse o servirse de una cosa”. Así, al sustituir el vocablo de referencia por su significado, debe entenderse que el precepto legal en cita dispone que de los efectos de la nulidad absoluta puede valerse o servirse todo interesado, una vez decretada por autoridad judicial. Tesis de jurisprudencia 57/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha once de mayo de dos mil once. Contradicción de tesis 379/2010. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado y el Séptimo Tribunal Colegiado, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 16 de marzo de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rocío Balderas Fernández.

³²⁰ “A menos que se ejerciten las denominadas acciones colectivas, mediante las cuales una colectividad determinada o determinable puede invocar la nulidad de ciertos actos, aunque no le genere afectación jurídica directa o no le asista un interés directo jurídicamente protegido, acciones recientemente incorporadas a nuestro derecho (art. 17 CPEUM).” ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 356

³²¹ El tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

pórtico del siglo XIX, no sólo el propietario del mismo o el vecino podrían ejercitar alguna acción ante la jurisdicción, sino cualquier ciudadano que considere que tal demolición podría afectar un interés urbano o estético de esa comunidad.”³²²

Están legitimados para demandar la nulidad por incapacidad de ejercicio, sólo el incapaz o su representante. En el Derecho argentino, “sólo el incapaz (de hecho o de ejercicio) puede alegar la nulidad del acto otorgado con ausencia de capacidad de hecho.”³²³ Galindo Garfias, respecto de ésta incapacidad considera que es una acción personal, en la medida en que *sólo están legitimados para ejercerla el representante del menor y el propio incapaz*, cuando éste llegue a la mayoría de edad o desaparezca la causa que dio origen a la declaración de interdicción.³²⁴ En el derecho mexicano, a diferencia del argentino, se parte sólo del interés jurídico que por disposición legal corresponde al incapaz (de ejercicio); el artículo 2230 del Código Civil Federal³²⁵ legitima sólo a este incapaz, y desde luego, por la situación concreta de esta incapacidad, tales incapaces obran por medio de sus representantes legales, esto es, por medio de quienes ejercen la patria potestad o de quienes son sus tutores.

7.11.2.3 La acción y excepción de nulidad por incapacidad de los contratantes.

Dentro del procedimiento jurisdiccional, *la nulidad por incapacidad, puede presentar diversos* los alcances en función de que la nulidad puede ejercitarse *vía acción* u oponerse *vía excepción*; por tanto, se puede desplegar como una demanda de nulidad absoluta, o una demanda de nulidad relativa. Lo mismo se puede desplegar como un mecanismo de protección ante una demanda, y oponerse como excepción de nulidad absoluta o como excepción de nulidad relativa.

Haremos una breve exposición de “*la acción procesal*” y de “*la excepción procesal*”; y dentro de cada una de ellas su respectiva correlación en cuanto a la nulidad por incapacidad, tanto *vía acción de nulidad absoluta por incapacidad de goce* o *de nulidad relativa por incapacidad de ejercicio*; así como como por *vía excepción* basada *en incapacidad de goce para obtener la declaración judicial de nulidad absoluta*, o *vía excepción* apoyada en *la incapacidad de ejercicio para obtener la declaración de nulidad relativa*.

³²² VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *op. cit.*, págs. 430 y 431

³²³ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, *op. cit.*, p. 238 y ss

³²⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La Capacidad Negocial”, *Revista de Derecho Privado*, Número 4, pp. 66-72, IIJ-UNAM, México, 1999, p. 582

³²⁵ Del Código Civil Federal: Artículo 2230.- La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

7.11.2.3.1. La acción procesal de nulidad por incapacidad.

La acción procesal, surge como una prohibición a la autodefensa, en base a la *jurisdicción -juris-dictio-*, potestad que tiene el Estado para decir el derecho o decidir una controversia jurídica; entonces el gobernado o justiciable que pide justicia tiene ese derecho.³²⁶ En este mismo sentido se expresa, José Castillo Larrañaga: “La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno, determina la exigencia de dotar a los particulares y al Ministerio Público, en su caso, de la facultad (en aquellos) y del poder (en éste) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción.”³²⁷

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española tenemos que, la *acción*, es una palabra multívoca, denota varios significados según el sentido en que se use, dicha expresión proviene del latín, *actio, -onis*; y sus significados más acordes para nuestros propósitos son: “1. f. Ejercicio de la posibilidad de hacer. 2. f. Resultado de hacer. 7. f. Der. En sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés. 8. f. Der. Facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquel. Acción reivindicatoria, de nulidad”.³²⁸ Para Arellano García, en cuanto al significado gramatical de la expresión en estudio refiere: “en la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto, que habrá de adoptar, a su vez, una conducta de aceptación total o parcial, o bien, de rechazo también total o parcial, y también de pasividad”.³²⁹

En las Instituciones del Cuerpo de Derecho Civil romano, libro cuarto, título sexto, bajo el epígrafe “De actionibus” se señala: “*Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi iudicio, quod sibi debetur*, cuya traducción es: *Resta que hablemos de las acciones. Mas la acción no es otra cosa, que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe*”³³⁰ En palabras de destacados juristas, Eugene Petit precisa que “la facultad de recurrir a estos Tribunales está regulada por el Derecho civil, y constituye la sanción de los derechos, es decir, la acción... De manera que se puede definir la acción en el sentido más amplio: Todo recurso a la autoridad judicial para hacer consagrar un derecho desconocido, o, sencillamente, la

³²⁶ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Jorge A. Martínez Jiménez, Oxford, México, 2004, p. 37

³²⁷ Cfr. CASTILLO LARRAÑAGA, José, Et Al. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, PORRÚA, 1990, p. 145.

³²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 21.

³²⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*, Porrúa, México, 1984, p. 239.

³³⁰ GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., “Institutas-Instituciones”, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Traducido por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte, Instituta-Digesto. Barcelona, JAIME MOLINAS EDITOR, 1889, p. 135.

persecución de un derecho en justicia”.³³¹ Y en términos de Guillermo Floris Margadant: “El derecho de acudir a estos organismos –los que administran justicia– se llama derecho de acción”.³³²

Francesco Carnelutti señala que la acción es “el conjunto de actividades mediante las cuales la parte desarrolla su colaboración con el juez para la justa composición de la litis. Estas actividades,... son necesarias para el buen desarrollo del proceso”.³³³ Y sigue señalando que la *palabra acción* tiene dos significados, en cuanto vale para juzgar, conjuntamente, la *actividad* y el *poder* de las partes. Como poder de las partes, –que es el significado considerado más apropiado– refiere, “ha habido por largo tiempo una fortísima tendencia a hacer de ella –la acción– todo uno con el derecho (material o sustancial) que la parte hace valer en juicio”.³³⁴

Señala Eduardo García Máynez, que existen dos concepciones tradicionales de la acción, podemos considerarla como *un derecho* o como *un medio*. La primera de ellas, parte de las ideas de los jurisconsultos romanos, “es el derecho material en movimiento, es decir, en cuanto exigencia que hace valer ante los tribunales, a fin de conseguir el cumplimiento de la obligación relativa”.³³⁵ Dicha idea de la acción fue criticada por los mismos comentaristas del derecho romano, –el propio Vizconde de Seabra, según García Máynez le dio el nombre de derecho sancionador– pues sostuvieron que “la acción es, en realidad, un medio destinado a obtener, a través de un procedimiento judicial, el reconocimiento y satisfacción de las facultades legales que nos pertenecen”.³³⁶

Entonces, la acción ¿es un derecho autónomo o independiente?, o ¿es un derecho heterónomo o dependiente?

A este respecto, Nicolás Coviello la considera como un derecho dependiente pues señala que “ninguno podría ver en ella –la acción– una entidad distinta del derecho; constituye un elemento del mismo, forma parte de su contenido, pero nada más. Tan cierto es esto, que algunos han hecho derivar el nacimiento de la acción de la violación del derecho. En el segundo estadio es claro también que la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta: por tanto, ni siquiera entonces puede verse en ella un nuevo derecho”.³³⁷

³³¹ Cfr. PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Traducido por D. José Ferrández González, Porrúa, México, 1986, p. 611.

³³² MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano*, ESFINGE, México, 1999, p. 139.

³³³ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, Traducido por Jorge A. Martínez Jiménez, OXFORD, México, 2004, p.74.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004, p. 230

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México 1938. p. 538.

La postura tradicional y generalmente aceptada de la acción es, considerarla como un derecho autónomo; y es resumida de manera muy concreta por García Máynez, en los siguientes términos: “el derecho de acción es un derecho diferente e independiente del derecho a la prestación, pues hay ocasiones en que existe la acción sin el derecho material, o a viceversa; el derecho de acción es correlativo al deber estatal denominado obligación jurisdiccional; y, el derecho de acción es público, los derechos materiales son generalmente de carácter privado.”³³⁸

Para Hugo Rocco, la acción viene a ser conformada por “el derecho de cada ciudadano, como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho, se llama derecho de acción”.³³⁹ Las características de la acción son las siguientes: Es un derecho subjetivo público, correlativo de la obligación jurisdiccional; es relativo, porque corresponde a una obligación del Estado, representado por sus órganos; abstracto, porque puede ser ejercitado por cualquier persona, aun sin derecho material qué hacer valer; no es un derecho a obtener un fallo favorable; sino meramente a obtener un fallo.³⁴⁰

Chiovenda hace un estudio de la acción diciendo que se presenta “...el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley...como un derecho con el cual, no cumplida la realización de una voluntad concreta de ley mediante la prestación del obligado, se obtiene la realización de aquella voluntad por otro camino, es decir, mediante el proceso”.³⁴¹ La concibe como una especie de derecho potestativo,³⁴² “como todos los derechos potestativos, la acción es un poder puramente ideal, es decir, el poder de producir determinados efectos jurídicos (actuación de la ley). Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se pretende, y no requiere ninguna acción física, sino aquella que es necesaria para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que sea actuada la ley (demanda judicial)”.³⁴³ Sin embargo, el error que comete Chiovenda, como lo puntualiza García Máynez, consiste en atribuir al derecho de acción, el que la obligación correlativa sea del demandado, y no del estado como realmente sucede.

7.11.2.3.1.1 Vía acción como demanda de nulidad absoluta.

Por el tipo de interés que tutelan, “estarán afectados de nulidad absoluta aquellos actos que vayan en contra de las normas de orden público y, en

³³⁸ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*,... op. cit., p. 233.

³³⁹ ROCCO, Hugo, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Felipe de Jesús Tena, Porrúa, México, 1938, p. 152

³⁴⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*..., op. cit., p. 233.

³⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Cuso de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Jorge A. Martínez Jiménez, OXFORD, México, 2004, p. 10.

³⁴² Entendido el derecho potestativo como aquellos que constituyen un Poder jurídico, como lo Refiere García Máynez, como derechos subjetivos. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*... op. cit., p. 213.

³⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Cuso de Derecho Procesal Civil*..., op. cit., p. 15.

consecuencia, se producirá una ineficacia insuperable;³⁴⁴ se tiende a tutelar el orden público con esa ineficacia insuperable que es la nulidad absoluta; por ello, no se permite convalidar dichos actos y la acción de nulidad que de ellos derive es imprescriptible. “La acción de nulidad por incapacidad tuvo su origen en la *restitutio in integrum* y en la *querella inofficiosi testamenti* del derecho romano clásico.”³⁴⁵ Busca dejar sin efectos el acto jurídico en el que se actualiza esa incapacidad, y la consecuente restitución de las prestaciones entregadas con motivo del acto jurídico invalidado.

Habida cuenta que en el derecho mexicano, la nulidad no opera de pleno derecho, será necesaria la intervención judicial; así las cosas, en un acto jurídico específico, celebrado por quien tiene una *incapacidad de goce* para el mismo, pensemos por ejemplo en la adquisición por un extranjero, de un inmueble situado en la faja prohibida. *Cualquier persona que tenga un interés*, está legitimado activamente para ejercitar la acción de nulidad absoluta, que es la correspondiente a los casos de incapacidad de goce, en base a lo que venimos sosteniendo.

En éstos casos, el menos interesado el intentar la acción de nulidad estimamos que sería el propio incapaz, pues ello sería en su perjuicio; sin embargo, conforme a la concepción de las nulidades en el derecho mexicano, *cualquier otra persona que tenga un interés* jurídico o inclusive legítimo, estaría legitimado para ejercitarla. El primer lugar ese interesado, por vocación sería la contraparte del incapaz de goce, así como sus respectivos causahabientes universales como por ejemplo el heredero de éste, o sus causahabientes particulares, por ejemplo, quien fuera legatario de ese bien enajenado al extranjero, u otro que hubiere adquirido el mismo bien por cualquier otro título, ya sea gratuita u onerosamente; inclusive, podría intentarla el Ministerio Público en virtud de que ésta incapacidad tiende a proteger el orden público, y por ello, se estaría vulnerando al orden público, y como representante social puede intervenir para resguardarlo. Así, ante los casos de incapacidad de goce se puede salvaguardar el orden público, vía acción.

La acción de nulidad absoluta es perpetua ya que no se extingue por la prescripción, ni la ratificación o confirmación, ni por el cumplimiento voluntario del acto en el que se actualiza, pueden extinguirla. Así, al ser de orden público, la acción de nulidad absoluta es irrenunciable.³⁴⁶

³⁴⁴ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 356

³⁴⁵ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, “La Capacidad Negocial”, *op. cit.*, p. 582

³⁴⁶ “La acción para pedir la nulidad absoluta es irrenunciable, porque se trata de una institución de orden público.” VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 335

7.11.2.3.1.2 Vía acción como demanda de nulidad relativa.

Por el tipo de interés que se tutela con ésta nulidad, *“el acto que contraviene una norma permisiva o supletoria conducirá a una nulidad relativa, que a su vez dará lugar a una eficacia remediable”*,³⁴⁷ como se protegen intereses de carácter privado o particular, esa eficacia subsanable es la nulidad relativa, por ello se permite que dicho acto sea convalidado y es prescriptible.

Al igual que la anterior nulidad, con el ejercicio de la nulidad relativa basada en la incapacidad de ejercicio, lo que se pretende es la intervención del juez para obtener la declaración judicial de nulidad y así dejar sin efectos el acto jurídico en el que se actualiza esa incapacidad, y también, la respectiva restitución de las prestaciones que hubiesen sido entregadas. Galindo Garfias explica que *“el contrato celebrado por un incapaz (de ejercicio) –sin la intervención de su representante legal- puede ser invalidado mediante el ejercicio de la acción de nulidad, que privará de efectos al acto así celebrado cuando el juez pronuncia la sentencia de nulidad.”*³⁴⁸ Por lo que, cuando celebra un acto jurídico quien tiene incapacidad de ejercicio, por ejemplo, un menor de edad o una persona que está sujeta a un estado de interdicción, y no lo hacen por medio de su representante, éstos incapaces de ejercicio podrán a través sus representantes legítimos, optar por el ejercicio de la acción de nulidad relativa, obtener la declaración de invalidez, apoyados precisamente en su incapacidad de ejercicio, toda vez que *“esta incapacidad es de protección del patrimonio del incapaz evitando que quien contrata con éste, pueda obtener ventajas para sí por la inmadurez, o inexperiencia del incapaz.”*³⁴⁹ Por lo que cabe la posibilidad, inclusive, si no se observa perjuicio alguno a los derechos del incapaz, que al ser un derecho subjetivo público, se decida por su in ejercicio de dicha o, se decida por la ratificación del mismo.

La acción de nulidad relativa fundada en la incapacidad de ejercicio, considera Georges Lutezco que es una acción personal,³⁵⁰ pues el único legitimado para su ejercicio, es el incapaz por medio de su representante o considera Galindo Garfias que también sus respectivos causahabientes.³⁵¹ La nulidad relativa -señala Robles Farías-, *“está concebida como un medio de protección para ciertos individuos cuyas circunstancias*

³⁴⁷ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 356

³⁴⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La Capacidad Negocial”, *op. cit.*, p. 581.

³⁴⁹ *Ibidem.* p. 582.

³⁵⁰ “La naturaleza personal de la acción de nulidad relativa se destaca aún más que la acción de nulidad absoluta. Por cuanto su objeto es el mismo: descubrir el vicio, destruir los efectos o las relaciones jurídicas engendradas por el acto anulable y restituir a las partes el statu quo ante, en caso de que el acto haya sido efectuado.” LUTEZCO, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, (trad. De Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, Porrúa, México, 1945, p. 329 y ss.

³⁵¹ Es una acción personal, porque sólo el incapaz por medio de su representante, o sus causahabientes. GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La Capacidad Negocial”, *op. cit.*, p. 582

subjetivas hacen necesaria su tutela jurídica."³⁵² De allí que esas circunstancias subjetivas conlleven a que sólo de parte del interés del incapaz pueda deducirse.

La acción de nulidad relativa puede quedar extinguida por *la prescripción*, por la *ratificación o confirmación* por el representante del incapaz,³⁵³ o por el que era incapaz cuando haya cesado la incapacidad; lo mismo que por el *cumplimiento voluntario* del acto afectado de nulidad; con ello, los efectos de validez, que eran provisionales se convierten en efectos definitivos, pues implican la convalidación del acto jurídico.

7.11.2.3.2. La excepción procesal de nulidad por incapacidad de las partes.

La excepción procesal, es la materialización del derecho fundamental de defensa que debe imperar en todo proceso jurisdiccional.³⁵⁴ Partiendo del Diccionario de la Real academia Española, *excepción*, proviene del latín *-exceptio, -ōnis-*. Cuyos significados más apropiados para nuestro objeto de estudio son: 1. f. Acción y efecto de exceptuar. 2. f. Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie. 3. f. Derecho. Título o motivo jurídico que el demandado alega para hacer ineficaz la acción del demandante; como el pago de la deuda, la prescripción del dominio, etc. Dilatoria. 1. f. Derecho. La referente a las condiciones de admisión de la acción, que podía ser tratada y resuelta sin necesidad de decidir sobre el fondo. Perentoria. 1. f. Der. La que se ventila en el juicio de fondo y se falla en la sentencia definitiva.³⁵⁵

En las Instituciones del Cuerpo de Derecho Civil romano, libro cuarto, título décimo tercero, bajo el epígrafe "De exceptionibus" se señala: "*Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatae sunt autem exceptiones defendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniusta sit adversus eum, cum quo agitur*". Que significa, "Síguese que hablemos de las excepciones. Y se han establecido excepciones para que puedan defenderse aquellos contra quienes se ejercita la acción; pues acontece con frecuencia, que, aunque en sí misma sea justa la demanda por que procede el actor, sea, sin embargo, injusta contra aquel con quien se litiga"³⁵⁶.

³⁵² ROBLES FARIAS, Diego, *op. cit.*, p. 356.

³⁵³ "si el acto es confirmado o ratificado por el representante del incapaz o por éste último después de llegar a la mayoría de edad, o cuando prescriba la acción de nulidad". GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La Capacidad Negocial", *op. cit.*, p. 581

³⁵⁴ "Este es la emanación del derecho constitucional de defensa que debe reinar en todo proceso legal." ROMANIELLO, Carmine Augusto, *Teoría General del Proceso*, Trad. Brender Ackerman Carlos, Youcanprint Self-Publishing, Roma, 2012, p. 566.

³⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, p. 1015.

³⁵⁶ GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., "Institutas-Instituciones", *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Traducido por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte, Instituta-Digesto. Barcelona, JAIME MOLINAS EDITOR, 1889, p. 151.

Para Eugene Petit, la excepción en el derecho romano es un “modo de defensa que no contradice directamente la pretensión del demandante”³⁵⁷ Surgen a partir del procedimiento formulario, y en cuanto al efecto el primordial fue que “estando justificada, la excepción tiene por efecto la absolución del demandado”³⁵⁸ En el periodo formulario la excepción “no era otra cosa que una cláusula que agregaba el pretor a la fórmula-acción, en beneficio del demandado”.³⁵⁹

En conclusión, podemos decir que la excepción procesal era un derecho para oponerse a la acción ejercitada y sus efectos; y por tanto, *conferido al reus o demandado* dentro del proceso jurisdiccional, para invocar circunstancias de hecho o el derecho en que el actor demandante basaba su demanda, con el propósito de destruir, o al menos, dilatar los efectos de la acción. Es el reflejo necesario de la garantía de audiencia y defensa judiciales³⁶⁰ que todo justiciable tiene, a no poder ser condenado sin habersele concedido su derecho fundamental a ser oído y vencido en juicio, consagrado en el artículo 14 de nuestra constitución.

Piero Calamandrei, partiendo del concepto jurisdicción³⁶¹, cuando se refiere al carácter de la bilateralidad de la acción, se refiere a la excepción. “Advertimos, al hablar de los sujetos del proceso, que en el proceso moderno hay siempre, frente a una de las partes que pide la providencia, al menos otra parte respecto de la cual la providencia se pide; pero esta característica de bilateralidad del proceso no es, en sustancia, más que una consecuencia de la bilateralidad de la acción, la cual trata siempre de obtener del Estado una providencia que ponga en obra una sujeción y presupone, por consiguiente, en todo caso, que frente a quien pide la sujeción de otro, se encuentra alguien que debe ser sujetado”.³⁶²

La excepción también es vista como un derecho de contradicción a la demanda, Castillo Larrañaga así lo considera y señala al respecto: “se denomina excepción a la oposición que el demandado formula frente a la demanda, bien como obstáculo definitivo o provisional a la actividad provocada, mediante el ejercicio de la acción, en el órgano jurisdiccional, bien para contradecir el derecho material que el actor pretende hacer valer, con el objeto de que la sentencia que ha de poner término a la

³⁵⁷ PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 680.

³⁵⁸ *Ibidem.*, p. 681.

³⁵⁹ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, PORRÚA, México, 1988, p. 345.

³⁶⁰ Vid. PALLARES, Jacinto, *La garantía de audiencia y defensa judiciales*, Imprenta, litografía y encuadernación de I. Paz, México, 1897, pp. 64

³⁶¹ “En armonía con esta finalidad de la jurisdicción, quien acciona para obtener del juez una providencia jurisdiccional, considera esta providencia no solamente como destinada a satisfacer el interés propio de él como proponente, sino como destinada, además, a valer respecto de otra persona, esto es, de la persona sobre la cual deberá obrar la sujeción impuesta por el Estado (el acreedor pide la condena del deudor; el propietario de un fundo pide que su propiedad sea declarada cierta respecto del propietario colindante; el cónyuge pide que el matrimonio sea anulado respecto del otro cónyuge; y así sucesivamente). La acción se presenta, pues, en última instancia, como la petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona.” Cfr. CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 43.

³⁶² *Idem.*

relación procesal, lo absuelva totalmente o de un modo parcial (no reconociendo la justicia de la pretensión en toda la extensión en que el demandante la haya formulado”³⁶³ La excepción procesal, es por ende, el derecho de contradicción que le asiste a todo demandado para defenderse, -refiere Romaniello- “Podríamos decir que el **derecho de contradicción** es el mismo derecho de acción en negativo, es decir, otorgado al demandado”.³⁶⁴

Escriche y Caravantes señalan de manera respectiva que la acción: “es la exclusión de la acción, esto es, la contradicción o repulsa con que el demandado procura diferir, destruir o enervar la pretensión o demanda del actor”; y el segundo, “por excepción se entiende el medio de defensa o la contradicción o repulsa con que el demandado pretende excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor”.³⁶⁵

Para Eduardo Couture, “es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”.³⁶⁶

Arellano García distingue entre la excepción como “medio de defensa hecho valer por el demandado y que puede o no prosperar, de la situación en la que la excepción ya ha prosperado. En la excepción encontramos una tendencia del demandado hacia la neutralización total o parcial de los efectos de la acción pero, esa tendencia puede tener resultados favorables o contrarios”.³⁶⁷ Las excepciones procesales, tenían –según Pallares– las siguientes características: a) buscan destruir la *intentio* de la acción y evitar la condenación; b) Pueden ser dilatorias o perentorias; c) El demandado puede oponer varias conjuntamente; d) Las excepciones personales sólo pueden hacerse valer por determinadas personas y no por todos los obligados, a diferencia de las reales en las que opera lo contrario. La cosa juzgada es real; la de compensación, era personal; e) El oponer una excepción no implica la confesión del reo; f) Las excepciones hechas valer por el principal obligado, igualmente favorecen al fiador; g) Derivan de una de las siguientes causas: el demandado ha hecho lo que ha debido hacer, el actor ha hecho lo que no debía, o dejado de hacer lo que debió haber hecho; h) En algunos casos tienen como efecto absolver total o parcialmente al demandado.³⁶⁸

Para Ovalle Favela, la palabra excepción tiene dos significados: en sentido abstracto; y en sentido concreto:

³⁶³ Cfr. CASTILO LARRAÑAGA, José, Et Al., *Instituciones de Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 171.

³⁶⁴ “Es aquel que pertenece a todo sujeto, bien sea persona natural o jurídica, por el simple hecho de ser accionado o demandado, o bien por el hecho de ser imputado o sindicado por la comisión de un hecho punible, mediante el cual se defiende de las pretensiones o imputaciones (excepción).” ROMANIELLO, Carmine Augusto, op. cit., p. 566

³⁶⁵ Citados por PALLARES, Eduardo, op. cit., p. 347

³⁶⁶ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, DEPALMA, Buenos Aires, 1958, p. 89.

³⁶⁷ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, op. cit., p. 304

³⁶⁸ PALLARES, Eduardo, op. cit., p. 346.

En el sentido abstracto, la acción es “el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, cuestiones que o bien impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión, o que, en caso de que se llegue a tal pronunciamiento, produzcan la absolución del demandado”.³⁶⁹

En sentido concreto, “con la expresión excepción se suele designar las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (excepciones procesales –cuestionan la válida integración de la relación procesal–) o con el fin de oponerse al reconocimiento, por parte del juez, de la fundamentación de la pretensión de la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica invocada por el demandado (excepciones sustanciales –discuten la pretensión del fondo con hechos, extintivos, modificativos o impeditivos–)”.³⁷⁰

Hugo Alsina describe tres acepciones de la excepción: “a) En sentido amplio designa toda defensa que se opone a la acción; b) en un sentido más restringido, comprende toda la defensa fundada en un hecho impeditivo o extintivo (de la acción); c) en sentido estricto, es la defensa fundada en un hecho impeditivo o extintivo que el juez puede tomar en cuenta únicamente cuando el demandado lo invoca”.³⁷¹

La clasificación de las excepciones, basándonos en lo expuesto por Eduardo Pallares³⁷² tenemos:

I. Por su naturaleza:

A) Substanciales.³⁷³ Referentes a la validez esencial de la acción ejercitada.

B) Procesales³⁷⁴. Relativas a:

³⁶⁹ OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, OXFORD, México, 1999, p. 80

³⁷⁰ *Ibidem.*, p. 81

³⁷¹ Citado por PALLARES, Eduardo, *op. cit.*, p. 349

³⁷² *Idem.*

³⁷³ Cipriano Gómez Lara considera que son de fondo o sustanciales, “si la oposición del demandado se refiere a la pretensión misma del actor; si la actitud del demandado implica una resistencia a la pretensión o al derecho sustantivo del actor; si el demandado dice, “ya te pagué, la deuda está prescrita, nunca te he debido, la obligación es inexistente, te he pagado parcialmente, el acto del que pretendes derivar tus derechos es nulo, etc.”, a lo que se está oponiendo el demandado es a la pretensión de fondo del actor y, en consecuencia, estaremos frente a una excepción de fondo.” GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, OXFORD, México, 1998, p. 64.

³⁷⁴ Son excepciones de “forma, rito o procesales, si la objeción o resistencia se enfoca a la relación procesal, hacia su válida integración; cuando el demandado al adoptar una posición de resistencia no se esté oponiendo precisamente a la pretensión de fondo del actor, sino que esté objetando o esté señalando alguna irregularidad referida a la válida integración de la relación procesal podríamos decir a la válida, útil, eficiente y eficaz

- 1) Al modo de su *actual* ejercicio en el juicio concreto de que se trata;
- 2) A dilucidar una cuestión previa;
- 3) Las excepciones procesales formales, tales como: La incompetencia absoluta, o a la relativa opuesta antes de contestar, la recusación del juez o miembros del tribunal.

II. Por sus efectos:

A) Dilatorias. Si retrasan el conocimiento del asunto principal controvertido; por ejemplo: Entre las procesales, tenemos la recusación, poder insuficiente, nulidad de citación. Entre las sustanciales están: plazo no vencido, no cumplimiento de la condición suspensiva.

B) Perentorias. Se dirigen en contra de la acción para aniquilarla. Se dividen en:

- 1) En *litis finitae*. Excluyen no solo la acción ejercitada, sino también cualquier otro proceso. Por ejemplo: La cosa juzgada.
- 2) Comunes. Las que sirven para destruir la acción. Se proponen al contestar y también pueden plantearse aisladamente como cuestiones incidentales.

III. Por su extensión

A) Simples. Cuando se intentan contra la acción

B) Reconvencionales. Son las que proponen una cuestión nueva, y constituyen una nueva acción del demandado para con el actor.

7.11.2.3.2.1. Vía excepción por incapacidad de goce para obtener la declaración de nulidad absoluta.

La excepción de nulidad por incapacidad de goce, es una excepción substancial pues cuestiona la validez esencial de la acción; perentoria ya que busca destruir la acción, y por su extensión puede ser simple en cuanto a que se pueden intentar simplemente contra la acción, o reconvencional ya que pueden implicar una nueva acción contra el actor demandante.

integración de la relación procesal... “yo creo que el juez en este asunto no es competente porque no tiene atribuciones y éstas le corresponden a otro juez”, la oposición, es obvio, no es al fondo del asunto, sino que simplemente se está señalando que hay una cuestión importante que denunciar con respecto a esta relación procesal”. Ibidem., p. 65.

Cuando en un acto jurídico se actualiza una incapacidad de goce, y con motivo del mismo, el incapaz ejercita una acción ya sea de tipo personal o real, en contra cualquier persona que tenga interés en ese mismo acto jurídico, *éste último, se podrá excepcionar pidiendo que se declare la nulidad absoluta de ese acto*. El supuesto sería que, en relación al contrato donde se actualizó la incapacidad de goce, este incapaz ejercita una acción ya sea real o personal contra su contratante o sus causahabientes, entonces, éste o éstos, *podrán oponer la excepción de incapacidad de goce* de su contraparte actora, y por consecuencia se declare la nulidad absoluta del acto así concretado. *Verbigracia*, el extranjero que contraviniendo lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, con motivo de un contrato de compraventa indebidamente adquirió tierras en la faja prohibida, *-como lo venimos sosteniendo, es un incapaz de goce para ello-*; posteriormente, con motivo de ese derecho adquirido en contravención al orden público, ese extranjero demanda alguna acción real o personal como la *acción reivindicatoria* en contra de otra persona que posee dichas tierras; o bien, demanda alguna *acción de cumplimiento* derivada del contrato translativo de dominio por el que adquirió la propiedad en la faja prohibida; en estos casos, cualesquiera de los demandados en cada uno de los dos supuestos previos, puede *oponer la excepción de nulidad absoluta*, fundada en el hecho de que *el actor no tiene capacidad de goce para el acto jurídico en el que pretende fincar su acción*. Así, vía excepción ante los casos de incapacidad de goce, también se puede salvaguardar el orden público.

7.11.2.3.2.2 Vía excepción por incapacidad de ejercicio para obtener la nulidad relativa.

La excepción de nulidad por incapacidad de ejercicio, también es una excepción substancial al cuestionar la validez esencial de la acción; perentoria ya que busca aniquilar la acción, y por su extensión también puede ser simple pues se pueden intentar simplemente contra la acción, o ser reconvenzional, ya que también pueden implicar una nueva acción del demandado en contra del actor inicial.

Cuando en un acto jurídico se actualiza una incapacidad de ejercicio, ya sea por haber participado un menor de edad o una persona sujeta a estado de interdicción, sin que hayan intervenido sus legítimos representantes, y con motivo del mismo, *el incapaz es demandado; entonces, el incapaz, por medio de su representante, se podrá excepcionar pidiendo que se declare la nulidad relativa de ese acto debido a su incapacidad de ejercicio*.

Lo mismo que la acción, la excepción de nulidad relativa en general, *nos señala Jorge Sánchez-Cordero Dávila* “solamente puede ser invocada por la parte a quien la ley ha querido proteger; la nulidad relativa sanciona la violación de una norma jurídica que tiene un fin de interés particular.”³⁷⁵ De manera particular, la fundada en la incapacidad de ejercicio, es una excepción personal ya que quien está legitimado para

³⁷⁵ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 100

oponerla, es sólo el incapaz por medio de su representante, y de igual forma, la excepción de nulidad por incapacidad de ejercicio, puede ser extinguida por *la prescripción*, por la *ratificación o confirmación*, por el *cumplimiento voluntario* del acto afectado de nulidad, pues que con ello se convalida el acto jurídico, y los efectos de validez, que eran provisionales, se convierten en efectos definitivos.

7.11.2.4 La sentencia de nulidad.

La sentencia es una especie de resolución judicial y es definida como “*el acto procesal proveniente de la actividad jurisdiccional que implica la decisión de una cuestión contenciosa o debatida por las partes dentro del proceso, bien sea incidental o de fondo.*”³⁷⁶ Es producción exclusiva de la autoridad judicial, las resoluciones jurisdiccionales definitivas de otros órganos que tienen competencia para dirimir controversias, distintos a la judicial, se denominan laudos. Guzmán Tapia explica que la sentencia es la resolución conclusiva de la instancia o proceso en definitiva; en ella se pronuncia “[...] *sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.*”³⁷⁷ Por tanto, la sentencia al ser la resolución judicial con la que culmina un procedimiento, y puede entrar o no al fondo del negocio; cuando no se cumplen ciertos requisitos llamados “presupuestos procesales”,³⁷⁸ el juez en la sentencia se verá impedido para entrar al estudio del fondo de la cuestión planteada, y dejará a salvo los derechos de la actora, para que los haga valer en la vía y forma que sean correspondientes, los presupuestos procesales son de orden público y deberán ser estudiados oficiosamente por el juez.

Ahora bien, en relación a la sentencia en la que se decreta la nulidad, en el derecho mexicano, tenemos por principio, que los actos afectados de nulidad ya sea absoluta o relativa, surten efectos como contratos válidos, por tanto, mientras no haya sentencia de nulidad, el acto afectado de ella, produce efectos de validez. La declaración de la nulidad en sentencia firme “*es la única que produce el efecto de extinguir las obligaciones a que el acto o contrato nulo haya podido dar nacimiento.*”³⁷⁹ Para llegar a una sentencia en la que el juez se pronuncie sobre de la nulidad de un acto

³⁷⁶ GONZÁLEZ LLANES, Mario Alberto, *Manual sobre juicio de amparo*, ISEF, México, 2004, p. 43

³⁷⁷ GUZMÁN TAPIA, Juan, *La Sentencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 11

³⁷⁸ Tales como la competencia, la vía abordada, la personalidad que deben ser estudiadas de oficio previo al estudio del fondo. “Los más importantes, los relativos a la competencia del juzgador, al igual que a la capacidad procesal, representación o personería, legitimación e interés jurídico de las partes.” FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Presupuestos procesales, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, UNAM-PORRÚA, México, 2001, p. 3002. Para Eduardo Couture los presupuestos procesales son: la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y las partes que se presenten como sujetos de derecho. CUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 49. Según Becerra Bautista, son la presentación de una demanda formal y substancialmente válida; por un sujeto de derecho (actor); ante un órgano jurisdiccional (juez) y frente a otro sujeto de derecho (demandado); teniendo los tres, partes y juez, capacidad procesal; en cuanto al juez: capacidad general, jurisdicción, y especial: competencia. BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1999, p. 4.

³⁷⁹ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 631

jurídico, se necesita el ejercicio de la acción de nulidad, o bien, de la oposición de la excepción de nulidad.

Carlos Arellano García señala que el objeto de la acción –de nulidad– será:

1º. Que se declare la nulidad del acto,

2º. Que se le prive judicialmente sus efectos (de manera retroactiva) y, en su caso,

3º. (Integrum restitutio). Que se vuelvan las cosas al estado que tenían antes del acto declarado nulo, y por ende, “el deber de restitución de las cosas que se hubiesen transmitido con causa en ese negocio inválido.”³⁸⁰

4º. De no ser posible la restitución, que se condene al pago de daños y perjuicios.³⁸¹ El mismo efecto puede lograrse vía la excepción de nulidad, cuando se acreditan los hechos en los que descansan los elementos constitutivos de esa excepción.

En relación al 2º objeto de la acción de nulidad, Giuseppe Stolfi se expresa así: *“ninguna de las partes puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, porque de otro modo el negocio produciría el efecto que le es propio.”*³⁸² Así, con la declaración de nulidad la consecuencia que se genera, es que el acto queda privado de efectos jurídicos, por lo que una vez declarada judicialmente no se puede pretender prestación alguna, pues se extingue todo tipo de derechos que se hubieren producido antes de la declaración de nulidad.

En el derecho civil mexicano, tanto la nulidad absoluta como la relativa deben ser declaradas judicialmente,³⁸³ sin embargo, debe hacerse un deslinde en los presupuestos especiales para la sentencia de nulidad absoluta, y aquellos que corresponden a la nulidad relativa. Para ello, debemos relacionarlo con lo que con antelación hemos señalado en relación a la incapacidad de goce y de ejercicio.

Aunque también en la doctrina mexicana se refiere por algunos juristas, es en el derecho extranjero donde encontramos abundantes referencias en las que se hace la separación de los efectos de la incapacidad de goce y los de la de ejercicio, y se concibe que una incapacidad de goce se funda en cuestiones de interés público y la de

³⁸⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 910

³⁸¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 294

³⁸² STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Trad. Jaime Santos Ruiz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 88

³⁸³ Cfr. Opera igual en el Derecho chileno. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo I, Del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 126

ejercicio, puramente en el interés privado; en esta virtud, también las consecuencias para cada incapacidad son tratadas de diferente forma. En los casos de incapacidad de goce, al fundarse en preceptos que tutelan el orden público, la consecuencia atribuible es la nulidad absoluta; en los casos de la incapacidad de ejercicio, habida cuenta que se tutela el interés privado, la consecuencia correspondiente a ella será la nulidad relativa, de allí que ésta última pueda ser convalidada por la confirmación o ratificación y los casos de incapacidad de goce, no sea posible la convalidación.

Las consecuencias naturales de la sentencia de nulidad según Stolfi³⁸⁴ son el que, una vez decretada, es dejar sin efectos el acto jurídico extinguiéndolo, y luego, si el negocio se ha cumplido la otra consecuencia es la restitución de las prestaciones, en la medida que sea posible. La sentencia, *“para su formulación debe ir precedida de una compleja operación mental en la que intervienen la sensibilidad, la inteligencia y la cultura del juez”*.³⁸⁵ Para obtener el fallo, además de los presupuestos generales aplicables a todos los juicios, en **la sentencia de nulidad absoluta** se tienen que observar, además, como presupuestos especiales de la misma: 1º. Que haya *ilicitud en el objeto*, o 2º. Que se trate de un supuesto de *incapacidad de goce*, y mediante ella, tutelar el orden público. La sentencia de nulidad relativa, en cambio, tiene como presupuestos especiales: 1º. Que el consentimiento no se haya dado por personas capaces de ejercicio; 2º. Que el consentimiento no se haya dado en la forma que la ley requiere para su validez; o 3º. Que el consentimiento se haya conformado concurriendo algún vicio que de acuerdo a la ley, es causa de nulidad.

La nulidad es entonces, una *“sanción legal que priva a un acto de sus efectos propios en virtud de un defecto existente al tiempo de su celebración.”*³⁸⁶ Es indispensable la resolución judicial que declare la nulidad;³⁸⁷ con la declaración judicial de la nulidad, el acto jurídico, contrato o negocio jurídico, así como las obligaciones que de ellos deriven, desaparecen;³⁸⁸ es por ello que *“el principal efecto de la declaración de nulidad de un negocio jurídico es la extinción de todos los derechos reales o personales causados en el negocio anulado.”*³⁸⁹ Los efectos de la misma es que se destruyen retroactivamente los derechos y obligaciones que hubieran provenido de los actos anulados y la restitución de las prestaciones dadas, si desde el plano físico es posible.

³⁸⁴ STOLFI, Giuseppe, *op. cit.*, p. 88 y 89

³⁸⁵ RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *La sentencia*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 13

³⁸⁶ GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, *op. cit.*, p. 296

³⁸⁷ “Siendo necesaria la declaración de la nulidad por sentencia judicial que haya pasado en autoridad de cosa juzgada, los efectos de la nulidad declarada se hacen sentir respecto de las partes que litigaron [...] y aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo.” CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, *op. cit.*, p. 633

³⁸⁸ *Ibidem*. p. 634

³⁸⁹ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, *op. cit.*, p. 910

Barcía Lehmann, afirma que la sentencia de cualquiera de las nulidades, una vez pronunciada, engendra las mismas consecuencias. “La nulidad, independiente de si es absoluta o relativa, produce los mismos efectos.”³⁹⁰ Compartimos esta apreciación, ya que previo a la sentencia de nulidad ya sea absoluta o relativa, con base en los artículos 2226 y 2227 del Código Civil Federal,³⁹¹ los actos jurídicos afectados ya sea de nulidad absoluta o de nulidad relativa, producen efectos de validez de manera provisional; pero ya decretada la nulidad, sea del tipo que sea, comparten las mismas consecuencias, primero, se destruyen los efectos del acto jurídico o contrato de manera retroactiva, y luego, se provoca la restitución de las prestaciones que se hubieran dado con anterioridad.

7.11.2.5 .La “in integrum restitutio” (Restitución en íntegro de la prestación).

La *restitutio in integrum* tiene sus orígenes probables en el derecho romano arcaico que corresponde a la monarquía y la república romanas, sin embargo fue hasta el gobierno de los emperadores, conocido como el período clásico, donde logra su mayor desarrollo; en esta época aparece como una solución extraordinaria en la que el magistrado jurisdiccional, por el imperio que tenía otorga a quienes contrataron o realizaron actos ajustados a derecho, pero contrarios a la equidad.³⁹²

En el derecho pretoriano, se reservó la nulidad para aquellos casos no previstos en el *ius civile*; pero atendiendo al principio de la *bonae fidei*, los magistrados jurisdiccionales, inspirándose en figuras análogas del *ius civile* romano, les dieron eficacia procesal; entonces, así fue que los pretores concedieron la “*in integrum restitutio*”, sólo para aquellos casos en los que la prestación se había dado previamente.

Eugene Petit ilustra este supuesto explicando que: “Cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de un principio del Derecho civil, y este resultado era contrario a la equidad, podría dirigirse al pretor, solicitando de él la *in integrum restitutio*. Se llamaba así la decisión en virtud de la cual el pretor, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruía los efectos poniendo las cosas en el estado en que estaban antes.”³⁹³ Tan sólo como una de las hipótesis recurrentes que producían la *in integrum restitutio*, estima Guzmán Brito, que en la *actio* (D.4.2.1 pr.) señala “*quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*,” cuyo significado es: “No tendrá por válido

³⁹⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I, op. cit., p. 126

³⁹¹ El contenido es el siguiente: **Artículo 2226.-** La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, **los cuales serán destruidos retroactivamente** cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. **Artículo 2227.-** La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. **Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.**

³⁹² CATTÁN ATALA, Ángela, “La *restitutio in integrum* en el Derecho Indiano”, *Memorias del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 209-222, Escuela Libre de Derecho y UNAM, México, 1995, p. 209.

³⁹³ PETIT, EUGENE, op. cit., p. 692

lo que se hubiera gestado por causa de coacción", para los actos jurídicos civilmente válidos en que, sin embargo, intervino coacción contra una de sus partes para la celebración del mismo.³⁹⁴

Coincidiendo con Petit, Florís Margadant señala que fue en el derecho honorario a partir de *la exceptio doli* que se pretendía nulificar o dejar sin efectos al acto jurídico en el que había dolo y como consecuencia se buscaba la *restitución de la cosa*. El derecho honorario se integró por las resoluciones pretorianas y en los delitos privados en el Derecho honorario romano tales como *la rapiña, la intimidación, el dolo y el fraus creditorum*. En el caso del dolo y fraude de acreedores, una de las opciones que tenía la víctima, era exigir la *in integrum restitutio*.³⁹⁵ Posteriormente aumentaron las causas que motivaban la *restitutio in integrum*; según el Edicto del Pretor, llegaron a serlo: *la violencia, el dolo, el error excusable, la ausencia necesaria, la capitis diminutio y la menor edad*.³⁹⁶

En conclusión, lo que con ésta figura se persigue en el derecho romano, es dejar sin efectos determinados actos jurídicos, como lo señala Guzmán Brito, "*su técnica consiste en pasar por alto el efecto de que se trate o prescindir de él, como si no se hubiera producido [...] su fin es restablecer en su estado anterior al que tiene interés*".³⁹⁷ Es entonces lograr el efecto, como si no se hubiera celebrado el acto jurídico; así, la *restitutio in integrum*, más que un acto o procedimiento común, era una consecuencia "*consistente en el restablecimiento o restauración de una persona en un estado jurídico anterior a una determinada modificación del mismo*".³⁹⁸

Se ha extendido hoy en día su significado; lo primero que se busca, de ser posible, es la restitución en especie, considerada ésta como la forma por antonomasia; y en caso de resultar imposible, entonces se pasa a la restauración o reparación por otra prestación equivalente, llamada reparación in natura.³⁹⁹

Avalando lo anterior, García Ramírez expresa: "suele decirse que la mejor reparación posible es la *restitutio in integrum*".⁴⁰⁰ En efecto, si la sentencia de nulidad conlleva a "la privación de efectos del acto jurídico produce, como se dijo, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del

³⁹⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 201

³⁹⁵ Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*, ESFINGE, México, 1999, p. 444 Y 445

³⁹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno*, Tomo II, *op. cit.*, p. 174

³⁹⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.*, p. 204

³⁹⁸ *Ibidem*. págs. 200 y 201

³⁹⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, "La reparación in natura del daño", *Universitas*, núm. 109, pp. 187-238, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 194

⁴⁰⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, IIJ-UNAM, México, 2002, p.148

contrato.”⁴⁰¹ O como, Stolfi subraya: “si el negocio ha sido cumplido, las cosas deben reponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiera realizado, ya que no pudo ni puede tener eficacia alguna.”⁴⁰²

No obstante lo anterior, *¿Qué sucede entonces cuando no es posible “la restitución” en especie?* Por ejemplo, en un contrato translativo de uso, ya anulado, físicamente y naturalmente no es posible restituir el uso, o en los contratos de servicio, no se puede restituir el servicio que ya se ha brindado.

Galindo Garfias en cuanto a los efectos de la sentencia de nulidad afirma que “es de la esencia de la nulidad, el efecto restitutorio de la sentencia que la decreta;”⁴⁰³ esta declaración de nulidad confiere, por consecuencia, “derecho a las partes a la restitución en la integridad de la situación o estado de cosas que el acto o contrato nulo ha venido a alterar;”⁴⁰⁴ si ya se habían entregado prestaciones deberán ser restituidas en la medida que su naturaleza lo permita.

Si no se puede reestablecer el Estado de cosas previo a la resolución; entonces, aquí es cuando surge la reparación o indemnización por equivalencia.

En éste rumbo tenemos: “Si se piensa que el principio general de reparación tiende a hacer aparecer las consecuencias producidas por el hecho ilícito [...] es entonces evidente que la reparación en especie (es decir, el restablecimiento del status quo ante) se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación.”⁴⁰⁵

Remembrando al hecho ilícito que puede ser de carácter contractual o extracontractual; si lo situamos de manera extracontractual, es una fuente de obligaciones, entre las que figura la reparación, más daños y perjuicios; y si lo situamos de manera contractual, se presenta cuando en un contrato su contenido constituye un objeto ilícito; en éste caso la ilicitud del objeto es causa de nulidad absoluta, cuyo efecto, entre otros, es la restitución más daños y perjuicios; entonces, si identificamos a la *integrum restitutio* en su acepción más amplia: como “la reparación”, puede ser de dos tipos, la ser reparación exacta y la reparación por equivalente.

Lo mismo ocurre en la sentencia de nulidad, la primera opción es la reparación exacta (restitución íntegra de la prestación), y sólo por imposibilidad de ésta, lo será por el equivalente. En materia de responsabilidad civil por daños, la ley civil le da el

⁴⁰¹ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 358

⁴⁰² STOLFI, Giuseppe, *op. cit.*, p. 89

⁴⁰³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La Capacidad Negocial”, *op. cit.*, p. 583

⁴⁰⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, *op. cit.*, p. 634

⁴⁰⁵ GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, IIJ-UNAM, México, 2000, p. 169

derecho a la víctima⁴⁰⁶ para escoger entre la reparación en exacto o por equivalencia, a su elección; no creemos que así deba operar para la nulidad, pues la in integrum restitutio, implica en primer orden la restitución en exacto.

El artículo 2239 del Código Civil Federal es el fundamento legal y prescribe: *“La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.”*

Lo anterior conlleva a que las partes se devuelvan lo que hubieran recibido como efecto del contrato, sin embargo, *“esto sólo procede cuando la restitución es posible, ya que a veces, por tratarse de objetos consumibles o de servicios que no es posible devolver, se torna imposible el cumplimiento de este efecto secundario de la nulidad.”*⁴⁰⁷ Si la restitución es de dinero o de bienes que producen frutos, estos se generan a partir de la interposición de la demanda, el artículo 2240 de la legislación civil federal es su fundamento.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Del Código Civil Federal, el **artículo 1915 prescribe**: “La reparación del daño debe consistir **a elección del ofendido** en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.”

⁴⁰⁷ ROBLES FARÍAS, Diego, *op. cit.*, p. 358

⁴⁰⁸ El **artículo 2240 del C.C. Federal establece**: “Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.”

CONCLUSIONES

De la capacidad como elemento de validez, en el derecho mexicano tenemos que la fracción I del artículo 1795 del Código Civil Federal considera a la *incapacidad* de una o de ambas partes, es un *supuesto para invalidar un contrato*; relacionado con el artículo 2228 del mismo ordenamiento que considera a la incapacidad de cualquiera de los autores del como *presupuesto de la nulidad relativa* del mismo. No se diferencia el tipo de incapacidad, únicamente se expresa el término “*la incapacidad*”; por ello, en aras de protección del orden público, es imprescindible reconocer el tipo de incapacidad que en cada caso se actualiza, y luego derivar las consecuencias jurídicas apropiadas para cada una de ellas.

La bidimensión de la capacidad, se constituye en su *primer dimensión como el atributo esencial de las personas*; de la cual, tanto la doctrina, la jurisprudencia y la legislación son abundantes, distinguen las clases de capacidad (*la de goce y la de ejercicio*); se señalan también las situaciones que se tienen como *incapacidades de goce*, y las que se consideran como *incapacidades de ejercicio*; *la segunda dimensión la constituye la capacidad como elemento de validez*, sin embargo, a diferencia de la abundancia con que se desarrolla la primer dimensión, la legislación y la jurisprudencia mexicanas, son francamente omisas, lo mismo que la doctrina mexicana en general, simplemente se refiere a la incapacidad, y en los escasos renglones que la doctrina mexicana lo refiere, es meramente insinuativa, no se desarrolla de manera cabal; no hay un puente que venga a dar conexión entre la primera y segunda dimensión.

El lenguaje es la fuente de las proposiciones lingüísticas; las normas jurídicas genuinas son lenguaje prescriptivo que dirige la conducta de otros (*órdenes, mandatos, prohibiciones, permisiones*). Para que una disposición jurídica sea una auténtica norma jurídica, debe ser prescriptiva. Así, las normas jurídicas son: *Prescripciones jurídicas de carácter imperativo-atributivas, dotadas de validez formal y material, que en un tiempo y lugar determinados regulan la conducta humana en su dimensión social, y se enfocan a la*

realización de determinados fines o aspiraciones de orden, paz, seguridad, justicia y bien común, cuya observancia puede imponerse coactivamente.

En la antigüedad se empleó el término “ley”, el término “norma” es producto del positivismo; con el neo constitucionalismo, se entronizan las nociones de **los principios, los valores (metanormas), las reglas, la interpretación conforme, la argumentación jurídica**, se enfatiza que el ordenamiento jurídico no se agota en las reglas, en las que sitúa a las normas jurídicas. Hoy en día, la tradicional idea del normativismo ha sido superada, no es posible crear un concepto del derecho partiendo *exclusivamente de las normas jurídicas*, que, aunque siguen siendo un referente importante, no son ya lo principal.

Los términos de “hombre” y “persona jurídica”, no han significado lo mismo, todo ser humano, por el mero hecho de serlo, tiene la aspiración natural a ser persona; la causa eficiente del derecho es el hombre en su acepción de ser humano; sin éste no existe el derecho; por ello, todo hombre debe ser reconocido por el derecho positivo como sujeto de derechos. La dignidad de la persona humana es la premisa de la capacidad jurídica, aunque en la edad antigua *no se reconoció esa dignidad a todos los seres humanos* y por ende, *se les negó la capacidad jurídica* a cierta categoría de seres humanos, en el *Estado Constitucional de Derecho*, a todo ser humano se le reconoce esa dignidad y capacidad jurídica, que más allá de una mera aptitud, idoneidad o cualidad reconocida a las personas, debe tenerse hoy, *como el reconocimiento que los actuales Estados Constitucionales de Derecho deben hacer en su norma fundamental, a partir de la dignidad humana*; por ello, todo ser humano primero es persona, y luego, tiene capacidad jurídica **que** se tiene como el *derecho de los derechos fundamentales* (incluso desde la concepción del ser humano, se le reconoce cierta capacidad jurídica); por lo que, más allá de ser ente y causa adecuada para tener derechos, *constitucionalmente se le reconoce, como el derecho de todo ser humano, para gozar de los derechos fundamentales*. Hoy en día no podemos admitir el legado ius positivista de partir sólo de la prescripción literal de las normas a través del habitual método exegético; pues en el actual constitucionalismo, la protección de los derechos humanos va más allá de esa exégesis tradicional, incluso del texto constitucional; las normas del *ius cogens*, el núcleo duro de derechos, los tratados internacionales de derechos humanos, son un referente importante en la interpretación y aplicación del derecho.

La *capacidad jurídica* y la *personalidad jurídica* forman un binomio indisoluble, no es posible concebirllos independientemente, no podría existir una sin la otra. La capacidad de goce se origina y se acaba con la persona, es el atributo esencial de las personas; sin ella, no se tendría la personalidad, ni se sería persona. La persona *es el ente* que tiene derechos y obligaciones, entendida como *el continente*; la personalidad es el reflejo o *la proyección* en el campo del derecho de esa persona; y *el contenido* vendría a ser la capacidad jurídica, por ello es ésta sea tomada como *la idoneidad o aptitud* del sujeto para tener esos derechos y obligaciones. Si no se tuviera esa

aptitud, no se tendría personalidad y no se sería persona; a la inversa, esa aptitud por sí sola no podría existir si no es en función de una persona. La personalidad es *única, indivisible y abstracta*; la capacidad es *múltiple, diversificada y concreta*; un sujeto no tiene más o menos personalidad, ni por tanto, se es más o menos persona que otra; no hay personalidad graduable; la capacidad es graduable. Si persona es el centro de atribución de derechos y obligaciones; entonces, cualquier ente a quien el derecho le atribuya derechos y obligaciones, por fuerza y necesariamente tiene que ser persona y por ende capaz, no es posible alcanzar la capacidad sin ser persona; la negación de personalidad implicaría la negación de la capacidad; por ello, conforman un binomio indisoluble.

En América Latina se tiene una enraizada cultura del positivismo jurídico, en el que se privilegia la validez formal y predomina la interpretación literal restrictiva; por ello, el desarrollo y difusión de los derechos fundamentales bajo el significado neoconstitucionalista ha sido muy escaso; de allí que Estados como el nuestro, no sean auténticos Estados Constitucionales de Derecho; algunos en vías de serlo; en la mayoría de los casos estamos ante simples Estados de Derecho o Estados legalistas, en los que se da un incommensurable valor a los textos jurídico-normativos. En el actual Estado de Derecho en México, el problema persistente y predominante es seguir partiendo del legalismo-normativo positivista, como único criterio de interpretación y resolución para la tutela de derechos y capacidades; con lo que se corre el riesgo de desconocer *capacidades jurídicas implícitas* en las prescripciones jurídicas, derivables de la dignidad de la persona y violentar derechos fundamentales.

El *neoconstitucionalismo*, “*Estado Constitucional de Derecho*”, o “*Estado Constitucional Democrático de Derecho*”, como nuevo paradigma, se plantea como un modelo diferente al tradicional “*Estado de Derecho*”; florece en Alemania e Italia como una respuesta ante los atentados en contra la dignidad humana y la violación de derechos humanos, del nazismo y de las Guerras Mundiales; ante la crisis del legalismo, el proceso de unidad en Europa, el menoscabo de las condiciones de racionalidad legislativa; plantea una *nueva visión del derecho* alejada de los cánones y principios propuestos por positivismo; por lo que de origen y por esencia es más garantista, su inclinación es a que *se reconozcan más capacidades de goce a las personas*, a conferir una gama de derechos fundamentales más amplia que en el simple *Estado de Derecho*; en el que como rasgo natural, existen más restricciones a la capacidad de goce; en el neoconstitucionalismo *-a diferencia del legalismo normativo positivista-*, se busca la coexistencia de los criterios de validez, la *formal, material y la eficacia o validez real*, donde no se excluyen, sino que se complementan; propone pasar de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; busca *la omnipresencia de la constitución*, una constitución de mínimos que establezca principios básicos, valores fundamentales y las menos reglas posibles; es versus el desbordamiento legislativo y en pro de *una decreciente densidad normativa*; es versus un lenguaje oscuro

y en pro de claridad en el lenguaje en las prescripciones jurídicas; que la constitución sea un fenómeno jurídico más que político. Se sustenta en la interpretación conforme y extensiva basada en principios y valores; en la argumentación; privilegia tanto a *la validez formal, como a la validez material o intrínseca de las normas*, que su contenido sea acorde a los principios y valores fundamentales tutelados en la constitución.

Con la concepción de los derechos fundamentales dentro del neoconstitucionalismo, la *capacidad jurídica* de las personas cobra vida de manera especial, deberá entenderse de manera armónica, con el alcance y matices que en base a esa interpretación vayan teniendo los derechos fundamentales. Con los métodos de interpretación jurídica abiertos como la extensiva, sistemática, teleológica; sobre todo la extensiva, que es la propuesta por ésta corriente en el entendimiento de los derechos fundamentales (*en las capacidades de goce cabría la interpretación extensiva, en pro de la mayor amplitud de derechos fundamentales o no fundamentales*), con ello han surgido nuevos derechos fundamentales, *ya sea* mediante el reconocimiento expreso en normas jurídicas o que se van descubriendo a través de la interpretación y argumentación jurídicas, y por ende, *el reconocimiento de nuevas capacidades jurídicas*; pero también, *en el sentido negativo* para cuando sea necesario limitar a través de la restricción normativa de determinados derechos a ciertos sujetos, que sean racionales y se sustenten en criterios objetivos, no resulten arbitrarias o sean contrarias a la norma fundamental, surgiendo así las incapacidades de goce, que al ser excepción, necesariamente deberán estar determinadas en las normas jurídicas; en tratándose de las incapacidades de goce, cabría sólo la interpretación restrictiva y se limitaría sólo a los casos expresamente establecidos. Igualmente, las capacidades jurídicas de derechos fundamentales reconocidas en la *Constitucional*, obligan a todos, especialmente a los órganos de gobierno; no pueden ser restringidas, limitadas o desconocidas por una ley inferior; por tanto, las incapacidades de goce de Derechos fundamentales sólo pueden derivarse de la constitución.

En un simple Estado legalista, como lo es el *Estado de Derecho* o *Estado Liberal de Derecho*, donde impera el principio de legalidad, al existir un desbordamiento legislativo, pueden producirse más inconsistencias para con la constitución; las posibilidades de normas jurídicas generales que contradigan a constitución aumentan considerablemente; y por lo mismo, que se establezcan en tantas leyes, *incapacidades de goce de derechos fundamentales*. En cambio, en un Estado constitucional de derecho los derechos fundamentales están reconocidos y garantizados; así, el poder legislativo ordinario no puede establecer incapacidades a derechos fundamentales y se cuenta con sistemas directos e indirectos de control constitucional en caso de que haya excesos.

Del derecho público se derivan los conceptos de *competencia e incompetencia*, en función de lo que las autoridades puedan o no válidamente actuar porque la ley así les autorice, faculte u ordene; por ende, cuando una autoridad es incompetente,

desde el punto de vista genérico de la capacidad, la incompetencia equivale a una incapacidad jurídica, ya que la ley no la considera apta para realizar determinado acto; en cambio, si es competente, significa que tiene capacidad jurídica para realizar válidamente tal o cual acto.

La ponderación, es rasgo esencial del neoconstitucionalismo; la tradicional subsunción no procede en tratándose de principios constitucionales, cuando se trate de principios y particularmente los que establecen derechos fundamentales, la operación que corresponde es la ponderación que vale sólo para el caso concreto. En los casos de conflicto entre *capacidades de goce de derechos fundamentales*, no se puede recurrir a la subsunción solamente, a menos que el conflicto sea entre derechos fundamentales dispares o de jerarquía diferente; cuando se susciten conflictos entre capacidades de goce de derechos fundamentales de igual rango, no se puede partir de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica, se debe recurrir a la ponderación y no a la subsunción, se requiere una actividad por parte del juzgador que depende de juicios de valor partiendo del caso concreto en consonancia con los principios y valores establecidos en la norma fundamental, con una interpretación y argumentación jurídicas adecuadas, racionales y objetivas. Para el caso de las incapacidades de goce ya que surgen como excepción, perfectamente cabría remitirnos a la subsunción que es para casos individualmente determinados.

Los derechos fundamentales son los derechos humanos más importantes al ser indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, sirven de fundamento de otros derechos secundarios; son preexistentes a la aprobación estatal; su fundamento axiológico es la dignidad de la persona humana y se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico constitucional de un Estado, buscan asegurar condiciones de vida dignos a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, además, deben tenerse como tales y ser garantizados aquellos derechos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo y los derechos que protejan a los débiles frente al más fuerte, la garantía de la propiedad, de la libertad de elección de profesión, la libertad contractual, la garantía de opinión, prensa, radio y televisión la garantía del honor y la familia, el derecho a la herencia y de libertad religiosa, la protección de la vida e integridad física, del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, *-en algunos Estados europeos se consideran además-* el derecho nuclear y la libertad informática recientemente; son inconclusos pues no están acabados. Son derechos de contenido profundo; no son derechos meramente letrísticos, sino que además, no se derivan de una mera interpretación restrictiva; se debe que recurrir a otras dimensiones como la histórica (*Habermas*); cultural (*Häberle*); a través de los principios (teniendo como principio fundamental el de la “dignidad humana” y a los principios de “igualdad”, “libertad”, “seguridad jurídica”, *[el de la dignidad humana, el de libertad, el de igualdad, los relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social -Alexy-]*) y valores, se puede ir descubriendo su real alcance y

contenido. Los derechos fundamentales vinculan como Derecho vigente a todos los poderes (*ejecutivo, legislativo y judicial*), y el Estado los debe garantizar frente a lo público y frente a lo privado.

El mero reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales no garantiza su cumplimiento y efectividad, es necesaria su protección y tutela constitucional, que se les dote de garantías tanto normativas, procesales e institucionales. Se contemplan los controles directo y difuso tanto de la constitucionalidad como de la protección a los derechos fundamentales, la observancia de todos los derechos fundamentales está plenamente controlada por *todos los tribunales*.

De la concepción Ferrajoliana de derechos fundamentales desprendemos que tanto *la capacidad jurídica* como *la capacidad de obrar* son auténticos derechos fundamentales, del aludido concepto se desprende lo anterior, ya que considera que hay capacidad de goce cuando hay a la idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas; y capacidad de ejercicio (de obrar) cuando hay idoneidad para ser autor de los actos que son ejercicios de estas. Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reconoce a la capacidad de goce desde el artículo 1º, como un *derecho humano fundamental* a gozar de los derechos que reconoce la constitución; es decir, a la capacidad de goce de los derechos fundamentales; se prescribe que *“toda persona gozará”*, lo que consideramos como un derecho concedido a todas las personas; se puede por tanto tener a la capacidad jurídica, además de atributo, como un derecho Fundamental. Si partimos sólo de que la capacidad es un atributo de las personas y se define como la aptitud de un ente para ser titular de derechos y obligaciones, pudiéramos, en apariencia, deducir que no es un derecho; pero, si *“el gozar de derechos”*, que no es otra cosa que la misma *capacidad de goce*, reconocida así por la ley fundamental, entonces, aparece ésta última como *el derecho a tener derechos fundamentales*; entonces también es un derecho fundamental, pues nada impide tener también a los atributos de la persona, como derechos inherentes a la misma; toda constitución de un Estado Democrático Constitucional de Derecho, debería partir del reconocimiento de la capacidad de goce de derechos fundamentales. Además, en la misma norma fundamental aparece consagrado el valor de la dignidad humana, el principio de igualdad, y de manera muy especial se establecen reglas precisas en cuanto a la incapacidad de goce; es por ello que nos permite concluir que la capacidad jurídica, es un derecho fundamental. En síntesis, la capacidad de goce desde el punto de vista filosófico, además de ser una cualidad y atributo ubicada en el universo de las esencias; desde el plano de la razón, nada obsta para tenerla también como un derecho reconocido por el ordenamiento fundamental de un estado, para gozar de derechos fundamentales.

En el ámbito internacional suelen identificarse los derechos humanos con los derechos fundamentales; conforme a la doctrina constitucional, la diferencia entre

unos y otros estriba en que, los derechos humanos son el género y los derechos fundamentales son la especie, pues todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son fundamentales.

Existe una íntima relación entre la “capacidad jurídica” y los “derechos fundamentales”. Los derechos fundamentales también determinan de manera destacada esa capacidad de goce; toda vez que la capacidad jurídica, al ser la aptitud para ser titular de derechos; entonces, los derechos fundamentales igualmente sirven para determinar esa capacidad de goce de quienes son titulares de los mismos, al ser considerados idóneos por la propia norma constitucional para tenerlos. En suma, el ente a quien la norma fundamental atribuye derechos fundamentales, es considerado por ende “apto” para la titularidad de ellos, y así decimos que tiene la capacidad de goce de tales derechos.

Los derechos fundamentales tienen una naturaleza tanto formal como material: *La naturaleza formal* se concibe cuando esos derechos humanos son positivizados en el marco constitucional como un conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas. Lo mismo aplica para los derechos humanos contenidos en los Tratados para aquellos países signatarios de los mismos. Al reconocerse se implica también el reconocimiento de una capacidad de goce a favor de las personas a quienes su titularidad pertenece. *La naturaleza material* o intrínseca, deriva de valores del sistema, principios institucionales, postulados generales de una sociedad, como elementos esenciales de un ordenamiento jurídico. Aquí el reconocimiento o descubrimiento de la capacidad de goce de derechos fundamentales, va en función del reconocimiento de esa aptitud o idoneidad subjetiva para tener derechos fundamentales no por señalamiento explícito, sino por el reconocimiento implícito que subyace de los principios y valores constitucionales en que descansan los derechos fundamentales.

La persona y sólo la persona es el detentador de los derechos fundamentales, es el punto de definición de los mismos, donde convergen, en quien se resumen y concretan, en quien se dan y por quien se dan esos derechos. Así, la capacidad jurídica es la concreción de los derechos fundamentales para cada persona; es decir, las personas jurídicas, en lo abstracto son titulares de derechos fundamentales; pero en lo concreto, la constitución es la que establece las limitaciones o restricciones a los mismos; así, sólo en función de la capacidad jurídica de cada persona, es como podemos determinar en concreto los derechos fundamentales que a cada persona en lo individual y en función de circunstancias específicas que le corresponden.

El Orden Público se conforma por aquellas *reglas y principios jurídicos, públicos y privados, morales, políticos, sociales, económicos y religiosos, derivados explícita o implícitamente del ordenamiento jurídico de un Estado; así como las condiciones o presupuestos que son absolutamente obligatorios e ineludibles por ser necesarios para la*

conservación del orden social y desenvolvimiento correcto y adecuado de una organización social establecida y en una época determinada, ya que en ellos descansa el bienestar común y ante los cuales ceden los derechos de los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, pues la voluntad de éstos últimos no se puede eximir de su observancia, ni alterarla o modificarla; ni en su caso, por la aplicación de normas extranjeras; constituyendo así, un núcleo duro de derechos y libertades excluidos de toda posible negociación, para lo cual, de ser necesario, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas.

El orden público constituye un *límite a la libertad individual* y cada Estado los señala. Una forma de proteger el orden público es a través de las incapacidades de goce; toda “incapacidad de goce” se impone y establece por razones de orden público; por lo tanto, dichas incapacidades son para tutelar ese orden, de allí que, en la incapacidad de goce sea una inhabilitación absoluta que no puede ser burlada en la que no cabe la representación, el incapaz de goce, no puede realizar el acto para el que se inhabilita, ni por sí, ni por medio de representante. Los *límites* a la capacidad jurídica *así expresados en las normas*, al ser elemento negativo de la misma, *son incapacidades jurídicas*; en cambio, ***en materia de derechos fundamentales, sólo los límites generales y absolutos*** a los mismos, constituyen verdaderas *incapacidades de goce de derechos fundamentales*; las suspensiones o restricciones particulares, relativas o extraordinarias a los mismos, como por ejemplo, la ponderación judicial, las restricciones judiciales a la libertad de trabajo, o la suspensión de derechos humanos, no pueden ser considerados como incapacidades de goce, ya que no son generales y absolutas.

El *ius cogens* “*en su significado general de normas de derecho imperativo, taxativo no dispositivo,*” no surgió en el campo del Derecho internacional público, pero hoy en día, existe una plena correspondencia con el derecho internacional y a partir de su adopción en Convención de Viena adquiere un significado especial. Las normas del *ius cogens* internacional se basan en los valores fundamentales reconocidos en la Comunidad internacional como lo son: *la Paz y la Seguridad internacionales; la dignidad de los seres humanos* que conforman las normas de *Derecho Internacional General*, consideradas de carácter general y esencial para la subsistencia de la comunidad internacional, por su naturaleza, son universales ya que valen para todos los Estados de la Comunidad internacional, son imperativas e inderogables y jerárquicamente están encima de los Tratados, Pactos o acuerdos Internacionales; e incluso de las constituciones de los Estados; son normas mínimas, y por ende, no tutelan todos los derechos fundamentales, sólo los derechos humanos reconocidos como núcleo duro, tendrían ese rango de *ius cogens*. Son núcleo duro, porque son derechos que ***no pueden ser*** quebrantados, limitados, suspendidos o restringidos, renunciados, transigidos, comprometidos en arbitraje, pues están fuera de toda negociación, y conforman también el orden público (***derecho a la vida, el derecho a la integridad***

física y moral, la prohibición de la esclavitud y de servidumbre). Además, conforme al segundo párrafo del artículo 29 de la constitución mexicana, y en consonancia con el artículo 27-2 de la CADH no pueden restringirse ni suspenderse: “los **derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.**” Las normas del ius cogens internacional, al tener como una de sus premisas a la dignidad de los seres humanos, son por naturaleza y esencia, protectoras de derechos humanos y tienen como destinatarios directos a los Estados y organismos internacionales; por lo que sus prohibiciones o mandatos, son con el propósito que los Estados no vayan a través de sus actos, a restringir o suspender ciertos derechos fundamentales.

La relación de la capacidad e incapacidad jurídica para con *los principios, valores y reglas*, es la siguiente: En cuanto a las *capacidades jurídicas* tenemos que, generalmente *las reglas expresan estas capacidades*; pero otras capacidades, se pueden derivar de los principios y los valores de acuerdo a una interpretación conforme. Referente a las *incapacidades jurídicas* expresamente señaladas en las prescripciones jurídicas, *las cualidades jurídicas de los límites* contenidos en dichas reglas es que, deben ser *racionales y estar justificadas en principios y valores conformantes del orden público*; por lo que, *las normas que establecen incapacidades de goce* son “*taxativas*”, “*imperativas absolutas*”, “*prohibitivas absolutas*”, “*de orden público*”, de “*ius cogens*” o de “*derecho necesario*”; *las que establecen incapacidades de ejercicio* son “*dispositivas*”, “*permisivas*”, de “*orden privado*”, de “*ius dispositivum*”, de “*derecho voluntario*”, “*supletivas*” o “*supletorias*”.

En el derecho mexicano, la doctrina tradicional no se refiere a la teoría de la ineficacia, la teoría de las nulidades mexicana es sui generis, se inspira en la teoría francesa, no adoptó la Teoría Clásica francesa que considera como principales supuestos de ineficacia a *la inexistencia, nulidad y anulabilidad*; se basa en la Teoría de Julien Bonnecase que distingue entre *inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa*, pero no la acogió por completo, pues *la nulidad absoluta y relativa en la legislación y doctrina mexicanas, tiene características distintas*, y las consecuencias de la incapacidad *-sin distinguir si es de goce o de ejercicio-*, son la nulidad relativa, aclarando también, que el significado que en la teoría clásica francesa se da a la nulidad, no se identifica con la nulidad absoluta, ni el que se da a la anulabilidad, se identifica con la nulidad relativa.

De la segunda dimensión de la capacidad jurídica *en el derecho comparado*, como un elemento para la eficacia de los actos jurídicos, se obtuvo que: *en el derecho*

español, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (equiparada a nuestra nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio, por regla general es la anulabilidad (equivalente de nuestra nulidad relativa); *en el derecho italiano*, la sanción por incapacidad de goce es por regla general la nulidad (nulidad absoluta) y por excepción la anulabilidad (nulidad relativa), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la anulabilidad; *en el derecho argentino*, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la nulidad o la anulabilidad (nulidad relativa) si se da de manera accidental; *en el derecho chileno*; la sanción por incapacidad de goce es la nulidad absoluta, y la sanción por incapacidad de ejercicio es la nulidad relativa; *en el Proyecto europeo de los contratos (Gandolfi)*, la sanción por incapacidad de goce es la nulidad (nulidad absoluta), y la sanción por incapacidad de ejercicio es la anulabilidad (nulidad relativa) si el contrato no atenta contra el interés público y es confirmable. Del estudio comparativo, en base al análisis, sistematización y ponderación, y además, con la correspondencia entre **la Nulidad** con nuestra **nulidad absoluta**, y **Anulabilidad** con nuestra **nulidad relativa**, *-salvo el caso de Chile, que las considera en los mismos términos que nuestro derecho-*, tenemos que **las incapacidades de goce se sancionan con nulidad absoluta, y las de ejercicio con la nulidad relativa**.

La incapacidad de ejercicio descansa en *falta la madurez psicológica-intelectual* suficiente para discernir, que deben tener las personas para obligarse válidamente; es tuitiva al proteger sólo intereses privados del incapaz; el ordenamiento jurídico no pretende sobreponer al incapaz de ejercicio por encima a las demás personas sólo protegerlo ante otros; la *ratio iuris* de esta es *la protección de los intereses del incapaz de ejercicio*, se basa en razones de orden particular y no de orden público, la consecuencia de su infracción debe ser la nulidad relativa, que es la que corresponde según nuestro derecho mexicano.

En la doctrina comparatista (Gustavo Bossert, Eduardo Zannoni, Julio César Rivera, Leopoldo Peralta Mariscal, Carlos Santiago Nino, Santos Cifuentes, Atilio Alterini, Anahí Malicki, Ramón Domínguez Águila, Ramón Domínguez Benavente y Arturo Alessandri) considera que las incapacidades de goce son establecidas por razones de orden público, y **las consecuencias atribuibles a la incapacidad de goce debe ser la nulidad absoluta**; incluso, algunos juristas mexicanos (Montero Duhalt, Bejarano Sánchez, Galindo Garfias, Chavez Ascencio y Tapia Ramírez), lo hacen tíbiamente al considerar que la incapacidad de goce se confiere por razones de orden público, consecuentemente deberán concluir que la consecuencia es la nulidad absoluta. Por ello, si se determinan legalmente las consecuencias y efectos correspondientes a la incapacidad de goce de los contratantes, se evitará la actualización de nulidades relativas, pues la que corresponde en tratándose de incapacidades de goce, es la derivación de nulidades absolutas; respetándose así el orden público protegido con las incapacidades de goce.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLIU, Alejandro, *Derecho Procesal Tomo I, El proceso jurisdiccional, el derecho procesal y los sujetos de derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Trad. Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- ABELLO-GALVIS, Ricardo, "Introducción al Estudio de las Normas del Ius Cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI", *Universitas*, No. 125, pp. 75-104, julio-diciembre de 2011, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
- ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, et al, "Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de ius cogens?", *International Law*, Revista Colombiana de Derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana, No. 12, pp. 13-34, Bogotá, 2008.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, Porrúa, México, 1998.
- ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, pp. 29-57, IIJ-UNAM, México, 2002.
- ADAME GODDARD, Jorge, "Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Estudios Doctrinales No. 179, IIJ-UNAM, 1995, México, 1995.
- AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, *Código de Derecho Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 127, pp. 15-71, IIJ-UNAM, México, 2010.
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena, "Las tres generaciones de los Derechos humanos", *Derechos Humanos*, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Número 30, Sección Previa, pp. 93-102, Doctrina, IIJ-UNAM, México, 1998.
- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, "Síntesis del Derecho Civil," *Panorama del Derecho Mexicano*, Tomo, II, IIJ-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1966.
- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, et al., *Panorama de la legislación civil en México*, IIJ-UNAM, México, 1960.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Estado Constitucional, Derechos Fundamentales e interpretación constitucional, *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual, contexto y crisis de las instituciones contemporáneas*, pp. 19-38, Fondo Editorial Jurídico, Monterrey, 2005

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al., *Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli*, Letras Jurídicas, Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara, No. 4, primavera de 2007, Guadalajara, 2007.
- _____, *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, México, Editorial Porrúa, 2010.
- _____, *Teoría Política y Jurídica, Problemas actuales*, Porrúa, México, 2008.
- AGUILÓ REGLÁ, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.
- ALARCÓN ROJAS, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I, (Introducción y parte general)*, Bosch, Barcelona, 2002
- _____, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Editorial ZAMORANO Y CAPERAN, Santiago, 1937.
- _____, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno, Tomo I, Cuarta Parte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- _____, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Chileno, Tomo II, Cuarta Parte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado General de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, T. I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- _____, *Tratado General de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, T. II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- _____, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- ALEX, Robert, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", (Trad. Alfonso García Figueroa), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- _____, *El concepto de la validez del derecho*, Trad. Jorge M. Seña. Gedisa, Barcelona, 2004.
- ALISTE SANTOS, Tomás Javier, "Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la Ley de enjuiciamiento civil", *Justicia Revista de Derecho Procesal*, 3-4, Noviembre de 2006, pp. 164-199, Bosch, Barcelona, 2006.
- ALJANATI, David, et Al., *Biología III. Los Códigos de la vida*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2009.
- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I*, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1956

- ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Introducción al Derecho*, Editorial Jus, Rosario, 1995.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al Derecho*, Mc Graw Hill, México, 2010.
- ÁLVAREZ LODROÑO, Luis Fernando, *La historia del derecho internacional público*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006.
- ANDRADE ABULARACH, Larry, "Reflexiones sobre el fundamento de los derechos Humanos", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 57-78, IIJ-UNAM, México, 2008.
- AÑÓN ROIG, María José, DE LUCAS MARTÍN, Javier y otros, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- AQUILINO FERNÁNDEZ, Jesús, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1991.
- AQUINO, Tomas de, *Suma de Teología I*, Parte I, Trad. José Martorell Capó, y Sebastian Fuster Perrelló, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990.
- , "Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "garantismo", y aplicación judicial de la constitución", pp. 3-25, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm, 19, julio - diciembre 2013, IIJ-UNAM, México 2013
- ARAMBURO Y MACHADO, Mariano, *La capacidad Civil*, Reus, Madrid, 1933.
- ARAUZ CASTEX, Manuel, *Ley de orden público*. Valerio Abeledo (Editor). Buenos Aires, 1945.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, México, 1980.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, et Al., *Jurisdicción Contencioso-administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007.
- ARRAZOLA, Lorenzo, "Cláusulas especiales", *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, Tomo XI, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1836.
- ARRUDA, Paula, "La protección de los derechos fundamentales en Brasil y España", en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 395-440, Editorial Comares, Granada, 2008.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 1999.
- ASCARELLI, Tulio, *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*, Trad. René Cacheaux Sanabria, Imprenta Universitaria, México, 1951.
- ASCARELLI, Tullio, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 2000.

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *100 Preguntas sobre conceptos básicos del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1996.
- _____, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Barcelona, 1996,
- _____, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez”, *Doxa*, No. 26, pp. 719-735, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 2003.
- AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1993.
- BAILÓN, Rosalío, *Formulario de Nulidades Civiles*, Limusa, México, 2005.
- BALBUENA CISNEROS, Arminda, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares, Pliego Derecho*, pp. 85-106, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Guanajuato, 2006.
- BARBERO, Omar U., *Introducción al Derecho Privado*, Editorial, Librería Juris, Rosario, 2004.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I, Del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en el Derecho Privado. La representación de Sociedades*, IIJ-UNAM, 1957.
- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago, 1930
- BASCUÑÁN VALDÉS, Anibal, *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1999.
- BEHAR RIVERO, Daniel S., *Metodología de la Investigación*, Ediciones Shalom, Bogotá, 2008.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford University Press, México, 1999.
- BELLUSCIO, Augusto, *Manual de Derecho Familiar*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Tomo VII, Trad. Ramón Salas, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
- BERNARD MAINAR, Rafael, *Curso de Derecho Privado Romano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.
- BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.
- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

- BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la filosofía de santo Tomás de Aquino*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2004.
- , *Introducción a la Lógica*, UNAM, 2004, México, 2004.
- , *Metafísica la ontología Aristotélico-tomista de Francisco de Araújo*, UNAM, México, 1987.
- BISCARDI, Mario Rafael, *Las fronteras del Derecho*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2005.
- BOBBIO, Norberto, “El problema del Positivismo Jurídico,” Trad. Ernesto Garzón Valdés, *El Derecho Actual y mínima moralía*, Universidad Nacional del Sur, Edius, Bahía Blanca, Buenos Aires, 2006.
- , *El Problema del Positivismo Jurídico y otras consideraciones acerca del positivismo jurídico*, Traducida por Ernesto Garzón Valdés, FONTAMARA, México, 2007.
- , *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- , *Igualdad y libertad*, Trad. de Pedro Aragón Rincón, Editorial Paidós, Barcelona, 1993.
- , *Teoría de la Norma Jurídica*, Trad. Fernando Pavan Baptista, Edipro, Sao Paulo, 2001.
- , *Teoría General del Derecho*, Traducción Eduardo Roza Acuña, Editorial Themis, Bogotá, 2007.
- BOCARD, Enrique, *Tres ensayos sobre Kelsen*, Universidad de Sevilla, Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1993.
- BONAFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, Trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f.
- BONNECASE Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Traducido por Jorge A. Martínez Jiménez, OXFORD, México, 2004.
- , *Elementos de Derecho Civil*, CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 1985.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996.
- BORELLO, Raúl, “Teoría General de la Norma jurídica,” *Teoría Jurídica*, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Rosario, 1994.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, PORRÚA, México, 2001.
- BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y Derechos Fundamentales”, (Trad. Lorenzo Córdova), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 9-25, IJ-UNAM, México, 2002.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción Abstracta de Inconstitucionalidad*, IJ-UNAM, México, 2005.

- , *Los Límites a los Derechos Fundamentales en los indicios del Constitucionalismo mundial y en el Constitucionalismo Histórico español*, IIJ-UNAM, México, 2005.
- BRAVO PERALTA, M. Virgilio, "Criterios de Interpretación del Poder Judicial Federal en México", *Argumentación e Interpretación Jurídica para los Juicios Orales y la Protección de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2010.
- BRENES ROSALES, Francisco, *Introducción a los Derechos Humanos*, EUNED, San José, 1993.
- BROTAT I JUBERT, Ricard. *Un concepto de seguridad ciudadana*. Universidad de Alicante, 2002.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Ed. Nueva Imagen, México, 1993.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1988.
- BUSTOS RODRÍGUEZ, María Beatriz, et al. "Vicios". *Diccionario de Derecho Civil*, OXFORD, México, 2006.
- CABALLÉ MARTORELL, Anna María, *Historia del derecho romano*, Universidad Autónoma de Barcelona, EDIUOC Edicions, Barcelona, 2009.
- CABALLERO LEAL, José Luis, *Derecho de Autor para autores*, Fondo de Cultura Económico, México, 2004.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Lenguaje y Derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, UNAM, México, 2000.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Jorge A. Martínez Jiménez, Oxford, México, 2004.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1978.
- , "Postpositivismo", *DOXA*, 21-I, 1998, pp. 209-220, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
- CALVO ÁLVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Barañain-Pamplona, EUNSA, 1983.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.
- CALVO MEIJIDE, Alberto, "El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto Constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista", *Cuadernos de Bioética*, No. 2, pp. 283-298, Universidad San Pablo, Madrid, 2004
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, "El empleo de simbología religiosa en España", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie año XXXIX*, No. 116. Mayo-Agosto de 2006, pp.317-350, IIJ-UNAM, México 2006.
- CAÑIZARES, Fernando, *Teoría del Estado*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- CARACCILO, Ricardo, "El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción", pp. 67-90, *Doxa*, No. 10, Universidad de Alicante, Alicante, 1991.
- CARBONELL, Miguel, "Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales en América Latina: Apuntes para una discusión", *Pensamiento Constitucional*, Año XIV, No. 14, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

- , *Cartas a un profesor de Derecho*, Porrúa, México, 2014.
- , *La igualdad insuficiente*, IIJ-UNAM, México, 2009.
- , *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- , “Marbury versus Madison: regreso a la leyenda”, *Lex. Difusión y análisis*, número 120, México, junio de 2005, pp. 66-73, México, 2005.
- , *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- CÁRDENAS GRACÍA, Jaime F., *Una Constitución para la Democracia*, IIJ-UNAM, México, 2000.
- , *Introducción al Estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010.
- , “La Reforma en materia de Derechos Humanos”, *Emeequis*, 10 de mayo de 2009, México, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, Traducido por Jorge A. Martínez Jiménez, OXFORD, México, 2004.
- CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 25, pp. 3-29, IIJ-UNAM, México, 2011.
- CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, “La inevitable Supremacía del Ius Cogens frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 18, 2008-II, pp. 55-82, Madrid, 2008.
- CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1943.
- , José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 1975
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Los Derechos Fundamentales no se suspenden ni restringen en un Régimen de excepción”, *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volumen 9, 2008, pp. 11-49, Piura Lima, 2008.
- CASTILLO FREYRE, Mario, et al, *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol. XX. Tomo I, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.
- CASTILLO LARRAÑAGA, José, Et Al. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, PORRÚA, México, 1990
- CATTÁN ATALA, Ángela, “La restitutio in íntegrum en el Derecho Indiano”, *Memorias del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 209-222, Escuela Libre de Derecho y UNAM, México, 1995.
- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IIJ-UNAM, México, 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Cuso de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Jorge A. Martínez Jiménez, México, Oxford University Press, 2004.

- , *Principios de Derecho Procesal Civil*, Trad. José Casáis y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1922.
- CHIRINO CASTILLO, Joel, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Notas previas al articulado*, MCGRAW HILL, México, 2000.
- CHRISTOL, Michel, y NONY, Daniel, *De los Orígenes de Roma a las Invasiones Bárbaras*, Ediciones Akal, Madrid, 2005.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volumen V, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
- , *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- CÓDIGO NAPOLEÓN, Con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Imprenta de la Hija de Ibarra, Madrid MDCCCIX (1809), Edición facsimilar del original perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los actos procesales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de Constitucionalismo: un análisis metateórico, (trad. Miguel Carbonell), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- CORNILLIE, Bert, "Subjetivización, predicaciones de anclaje y los modales españoles", 23 *Foro Hispánico. Aproximaciones cognoscitivo-funcionales al español*, Revista Hispánica de Flandes y Holanda, Editions Rodopi B.V., Amsterdam - New York, NY, Amsterdam, 2003.
- CORRAL SALVADOR, Carlos y URTEAGA EMBIL, José Ma., *Diccionario de Derecho Canónico*, Tecnos, Madrid, 2000.
- CORREAS, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Ediciones Coyoacán, México, 1994.
- COSSIO, Carlos, *La "causa" y la comprensión en el Derecho*, Juárez Editor, S.A., Buenos Aires, 1969.
- , *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.
- COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2002.
- , "Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales", pp. 461-488, *Derechos Económicos, sociales y culturales*, Cátedra Gerardo Molina, Editorial Kimpres Ltda. Bogotá, 2009.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, DEPALMA, Buenos Aires, 1958.
- , *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1974.

- _____, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, s/f.
- _____, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, s/f.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México 1938.
- CRUCETA, José Alberto, y SOCORRO, Juan Carlos, *Argumentación Jurídica*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007.
- CRUZ COVARRUBIAS, Armando Enrique, "Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?", *Revista De Jure*, Núm. III-1, Noviembre 2008, pp. 65-87, Universidad de Colima, Colima, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989.
- CRUZ, Luis M., "La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo," *Dikaion*, Núm. 18, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009.
- CUINAS RODRÍGUEZ, Manuel, *Derecho de las Obligaciones, Biblioteca de Derecho, Autores argentinos. Volumen I*, OXFORD, México, 2002
- DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1973.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, "El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades", 2ª edición, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- DE BUEN, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, PORRÚA, México, 1977
- DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Miguel Ángel, *Estatuto Jurídico de la Profesión Médica, Tomo II*, Dykinson S.L., Madrid, 2005.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, "Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavia", *Nulidad. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2005, Proyecto de Investigación sobre "Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos", CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2005.
- _____, "El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia", *Diario La Ley*, No. 5629, Octubre de 2002, Madrid, 2002.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de derecho*, Porrúa, México, 1985.
- DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, "La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 253, 2010, Tomo LX, IIJ-UNAM, pp. 117-132, México, 2010.

- DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Trad. Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1947.
- DELGADO AGUADO, Julián, et al, *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011.
- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *Historia de México*, Vol. I, Pearson Educación, México, 2002.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, Ma. Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, S.L., Madrid, 2005
- , *Elementos de Derecho Civil, Parte General*, Vol. Introducción, Dykinson, Madrid, 2002.
- DENNINGER, Erhard, “Derecho en «Desorden» Global. Sobre los efectos de la globalización”, Traducción de Joaquín Brage Camazano, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, 2004, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2004.
- , “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho Postmoderno”, *DOXA* No. 14, 1993, pp. 359-378, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1993.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicación Judicial en Chile del “Ius Cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, pp. 393-417, Valparaíso, Chile, 2013.
- DÍEZ PICAZO, Luis, y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I: Introducción. Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Derecho Sucesorio, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, et Al. *Derecho Sucesorio, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Sobre los derechos de la personalidad”, *Revista Dikaion, Lo Justo, Año, 17, No. 12*, pp. 4-15, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2003.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Porrúa, México, 2003
- DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005
- DUNCKER BIGGS, Federico, *Derecho Internacional Privado (Parte General)*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, No. 9. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, *Notas de Teoría del Derecho*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.
- DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., “Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L.

- Ferrajoli", *Opinión Jurídica*, Vol. 6, No. 12, pp. 189-204 Universidad de Medellín, Medellín, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- ELOLA, Javier, "El estudio del Derecho Comparado Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional", pp. 19-33, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 32, 1958, IIJ-UNAM,
- ELVIRA BENAYAS, María Jesús, "Introducción a ciertas cuestiones del derecho de familia en las sociedades multiculturales", *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 18, 2008-II, pp. 149-163, Madrid, 2008.
- EMILIANO SUAREZ, Eloy, *Introducción al Derecho*, UNL, Argentina Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004.
- ESBORRAZ, David F., "Comentarios de los artículos 1323 a 1433 y 1485 a 1492", en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. X, Tomo I, *Contratos Parte Especial*, Lorenzetti, Ricardo Luis, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "La anulabilidad de los actos de los incapaces. Especial referencia a las personas discapacitadas". *Principal*, 2006 (Especial Coloquio) NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos*. CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Universidad Jaume I de Castellón, 2006.
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, "Hacia un sistema contractual uniforme: Modelos comparados", *Civilizar*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Enero 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los principios contenidos en el Título preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2005, Lima, 2005.
- ESPINOZA, Carlos Alberto, "En torno a la capacidad comercial de las personas individuales", *Boletín de la Facultad de Derecho y las Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, año XVIII, núms. 1, 2. Enero-junio de 1954.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, IIJ-UNAM, México, 1992.
- FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- FAZIO DE BELLO, Marta Encina, *Parte General del Derecho Civil*, Oxford, Buenos Aires, 1999.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Estudios de ética jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- , *Valores Constitucionales y derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, et al., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, IIJ-UNAM, México, 2003.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Visión tridimensional de la persona jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 89, pp. 501- 509, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino, *La Filosofía Jurídica de Eduardo García Máynez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, y CASTRO CID, Benito, *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho natural*, Universitas, Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Fundamento de los Derechos Fundamentales* (Trad. P. Andrés et al), Trotta, Madrid, 2007
- , "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- , "La Teoría del Derecho en el Sistema de los Saberes Jurídicos", Trad. Isabel de la Iglesia, Gerardo Pisarello y Ricardo Ga Manrique. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- , "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" (Trad. Pilar Allegue), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- , "Sobre los Derechos Fundamentales", (Trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.
- , *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1989.
- , *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.
- FERRARA, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002
- FERRERES COMELLA, Víctor, "La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 529-546, IIJ-UNAM, México, 2008.
- , *Una defensa del modelo europeo de control de Constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2011
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, "Concepto de persona, Titularidad del derecho a la vida y aborto", *Revista de Derecho*, Vol. XX, No. 2, pp. 95-130, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2007
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "La Ley Orgánica 6/2007 y el previsible fracaso de la reforma de la justicia constitucional española", en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 493-514, Editorial Comares, Granada, 2008.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 317-319, Editorial Comares, Granada, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Presupuestos procesales, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, UNAM-PORRÚA, México, 2001.
- , "Tendencias actuales del Derecho Comparado", *Metodología del Derecho Comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, IIJ-UNAM*, México, 2005.
- , *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Porrúa, México, 1999
- FLORES GARCÍA, Fernando, "Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 25, Sección Doctrina, pp. 239-300, IIJ-UNAM, México, 1957
- FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia, "El derecho a la protección de la vida e integridad física", en *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Protección de la Persona y Derechos Fundamentales*, pp. 139-179, IIJ-UNAM, México, 2006
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, "La concepción del Derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 90, pp. 1001-1036, IIJ-UNAM, Septiembre-diciembre de 1997.
- FOUREZ, Gérard, *La Construcción del conocimiento científico: filosofía y ética de la ciencia*, Narcea Ediciones, Madrid, 2006.
- FREIXES, Teresa, y REMOTTI, José Carlos, "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 35, 1992, pp. 97-110, Madrid, 1992.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis P., *Introducción a la ciencia jurídica Volumen 1*, Editorial el Foro, Asunción, 1989.
- FRIES, Lorena, MATUS, Verónica, *El Derecho, Trama y Conjura Patriarcal*, LOM Ediciones, Santiago, 1999.
- FUCITO, Felipe, *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio "El Código Civil de 1884, del Distrito Federal y territorio de la Baja California", *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano*, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, pp. 9-20, IIJ-UNAM, México, 1985.
- , "La Capacidad Negocial", *Revista de Derecho Privado*, Número 4, pp. 66-72, IIJ-UNAM, México, 1999.
- , "Representación, Mandato y Poder", *Revista de Derecho Privado, Nueva Época*, Año. 1., núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 13-22, IIJ-UNAM, México, 2002.

- , *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 1993
- , *Estudios de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1981.
- , *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, PORRÚA, México, 1987
- , *Teoría General de las Obligaciones*, México, PORRÚA, 2003
- GALLEGOS PÉREZ, Nidia del Carmen, *Teoría del Hecho y del Acto Jurídico, aplicada al Derecho Familiar*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2006.
- GAMBINO, Silvio, "La protección de los derechos fundamentales", (Traducido del italiano por Sánchez Barrilao, Juan Francisco), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, Julio-Diciembre de 2007, 189-241, Universidad de Granada, Granada, 2007.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1988.
- GARCÍA BARÓ, Miguel, *Teoría Fenomenológica de la Verdad: Comentario continuo a la primera edición de Investigaciones Lógicas, de Edmund, Husserl*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, "La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos, Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavia", Universidad de Zaragoza, 2000, p.1.
- GARCÍA COSTA, Francisco M., "Los Límites de la Libertad Religiosa en el Derecho Español", *Dikaion*, Núm. 16, pp. 195-210, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2007.
- GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Club Universitario Alicante, 2000.
- , *Derecho Estado y Constitución*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2010.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., "Institutas-Instituciones", *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Traducido por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte, Instituta-Digesto. Barcelona, JAIME MOLINAS EDITOR, 1889.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *Cuadros Gráficos y Test de Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 2005
- , *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Dykinson, S.L., Madrid, 2006.
- GARCÍA HOLGADO, Benjamín, "Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el Pensamiento de Hans Kelsen", *Revista del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial, 2011, pp. 462-474, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "La paz como proyecto constitucional", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, n° 29. Primer semestre de 2013, pp. 137-154, Medellín, 2013.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y Validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico", pp. 83-97, *Symposium sobre derecho natural y axiología*, UNAM, México, 1963.
- , *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana: exposición y crítica*, Porrúa, México, 1978.
- , *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986.
- , *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004.
- , *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara. México. 2009.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Obras Completas*, Vol. 1, Coeditan: Fundación Caja de Madrid, y Editorial Anthropos, Barcelona, Barcelona, 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, IIJ-UNAM, México, 2002.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.
- GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1972.
- GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, "Algunas consideraciones en torno a los procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación", *Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Volumen I, págs.1-19, año 2003, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Ilícitud, culpa y estado de necesidad*, Dykinson, Madrid, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, "Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad." *DOXA* No. 19, 1996, pp. 357-372, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1996.
- GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA Alberto, LOSADA ÁNGEL, H, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General. 12^a edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, AARNIO, Aulis, VUSITALO, Jyrki, *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- GARZÓN VALDEZ y LAPORTA, Francisco. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1996.
- GAUDEMET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*, PORRÚA, México, 1984.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales", *UNED Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp.277-230, Madrid, 2007.
- GAY BOCHACA, José, *Curso de Filosofía*, Ediciones RIALP, S.A., Madrid, 2004.
- GERSHI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- , *Problemática moderna: Nulidades contractuales y cláusulas abusivas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998

- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil*, (Trad. Lucio Cabrera Acevedo), IIJ-UNAM, México, 2004.
- GIMÉNEZ BARRIOCANAL, *La actividad económica en el Derecho Romano*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003.
- GINEBRA, Xavier, "Comentario a una ejecutoria sobre la equiparación entre la existencia y la nulidad de los actos jurídicos", *Revista de Derecho Privado*, Año 6, Número, 16, Enero-Abril de 1995, Mc Graw Hill, México, 1995, p. 173
- GINÉS GARCÍA, Ricardo, "El abuso del derecho", *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, Núm. 54, noviembre de 2009, Buenos Aires, 2009.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Teoría de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *Derecho Procesal Civil I*, Editorial Forum, Oviedo, 2000.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, México, 1998.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José, "La titularidad de Derechos Fundamentales por Personas Jurídicas. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español," *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 2, pp. 23-71, IIJ-UNAM, México, 2000.
- GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, IIJ-UNAM, México, 2000.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, IIJ-UNAM, México, 2003
- , "Ius Cogens y Ius Naturale", *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, Serie G, Estudios Doctrinales, N° 81, pp. 515-529, IIJ-UNAM,, México, 1984.
- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, "La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978". *Revista de Estudios Políticos*, N° 19, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Comentario al artículo 12. 3 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I. vol. 2, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Hacia una Definición mexicana de Orden Público", *Centro de Arbitraje de México*, Publicaciones, Reporte No. 36. pp. 1-8, Noviembre de 2008, México, 2008.
- , "Orden Público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico", *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año 1, Núm. 2, Julio-Diciembre de 2012, IIJ-UNAM, pp. 569-578, México, 2012.
- GONZÁLEZ LLANES, Mario Alberto, *Manual sobre juicio de amparo*, ISEF, México, 2004.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Reflexiones sobre la utilidad de comparación y sus efectos en la Codificación en Derecho Internacional Privado", pp. 205-228,

- Metodología del Derecho Comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, IIJ-UNAM, México, 2005*
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, "Capacidad", *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, C-Ch, UNAM, México, 1984.*
- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional, Universidad Iberoamericana, Limusa, México, 2007.*
- GONZÁLEZ VILLALOBOS, Pablo Héctor, "Notas para la configuración de una "nueva" visión ética del Derecho", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 35, pp. 201-209, México, 2005.*
- GONZÁLEZ, María del Refugio, "Cien años de Derecho Civil?, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, pp. 21-41, IIJ-UNAM, México, 1985.*
- GONZALO QUIROGA, Martha, *Normas Imperativas y Orden Publico en el arbitraje Privado Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.*
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.*
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, et al, *Métodos alternativos de solución de conflictos, Oxford University Press, México, 2008.*
- , "Arbitraje Comercial, Paradigma del Derecho", *Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, Julio, 2001, pp. 87-94, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 2001.*
- GRANADOS, Juan Antonio, *Breve historia de Napoleón, Ediciones Nowtilus, S. L., Madrid, 2013.*
- GRANJA CASTRO, Dulce María, "El Neokantismo en México", *Signos Filosóficos, Vol. 1, núm. 2, julio-diciembre, 1999, 9-31, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, México, 1999.*
- GRIMM, Dieter, "Identidad y Transformación: La Ley Fundamental en 1949 y hoy", traducción de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ., *Teoría y Realidad Constitucional, No 25, pp. 263-277, UNED, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.*
- GROSSO, Giuseppe, *Las obligaciones, contenido y requisito de la prestación, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.*
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil, IEP, Madrid, 1961.*
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, (trad. Castellanos de J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 1999 .*
- , "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano, (Trad. José María Lujambio), *Neoconstitucionalismo(s). Trotta, Madrid, 2009.*
- , *Estudios de Teoría Constitucional, En torno a las Normas sobre la Producción jurídica, Trad. De Miguel Carbonell, Distribuciones Fontamara, México, 2001.*
- , *Estudios de Teoría Constitucional, (Trad. Miguel Carbonell), IIJ-UNAM, México, 2001.*

- GUERRERO, Sergio, *Derecho Internacional Privado*, UNAM Miguel Ángel Porrúa, México 2006.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Vol. II. Promociones Jurídicas y culturales, México, 1992.
- , “El orden público en el derecho familiar mexicano”, *Panorama internacional de derecho de familia, culturas y Sistemas jurídicos Comparados*, t. I IJ-UNAM, México, 2006.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Benjamín, *Derecho Procesal I, Principios y Teoría General del Proceso*, Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Los Andes de Huancayo, 2006.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “Jueces y derechos sociales en México,” *Reforma Judicial Mexicana, Revista Mexicana de Justicia*, No. 6, Sección de El Poder Judicial su Normatividad y su Función, pp. 51-65, IJ-UNAM, México, 2005.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, CAJICA, Puebla, 1987.
- , *Derecho Sucesorio, Intervivos y Mortis causa*, Porrúa, México, 1998
- , *El Patrimonio. El pecuniario y el Moral o derechos de la Personalidad*, Porrúa, México, 1999.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.
- GUZMÁN GÓMEZ, Mario Alberto, *Propuesta de Reforma al Código Civil para el Estado de Guanajuato, con respecto a los atributos de la persona*, Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho civil, en fecha 17 de mayo de 2006 Universidad De La Salle Bajío, León, Guanajuato, 2006.
- GUZMÁN TAPIA, Juan, *La Sentencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.
- HÄBERLE, Peter Y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al derecho común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. De Héctor Fix-Fierro, IJ-UNAM, México, 2003.
- HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón, *La constitucionalización de Europa*, pp. 23-43, IJ-UNAM, México, 2004.
- , *El Estado Constitucional*, Trad. Diego Valadés, UNAM, México, 2003.
- , *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, traducción del alemán de Emilio Mikunda-Franco, Tecnos, Madrid, 2002.
- , *Verdad y Estado constitucional*, IJ-UNAM, México, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Trad. al Castellano por Javier Aguirre Román, revisada por Eduardo Mendieta y María Herrera. *Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010)*; pp. 3-25, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2010.

- , “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?”, *La constitucionalización de Europa*, traducción de Bernardo Bolaños, pp. 45-73, IIJ-UNAM, México, 2004.
- , *Facticidad y Validez*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- HEINECCIO, Juan, *Elementos de Derecho Romano*, Imprenta de Don Eusebio Aguado, Madrid, 1936.
- HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementos de Derecho Romano según el orden de las instituciones*, Trad. Por Don José Vicente, Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz, Madrid 1842.
- HELENE, Weiss, *Lógica. Lecciones de M. Heidegger*, Traducción de Víctor Farías, Ministerio de Educación y Ciencia, Editorial Anthropos Promat, Barcelona, 1991.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Prerrogativa y Garantía*, Editorial UENED, San José, 2006.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, et al., *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill, México, 2003.
- HERRERA PETRUS, Christian, *La obtención internacional de pruebas, Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005.
- HERRERA, Daniel Alejandro, “Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2, Diciembre 2010, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2010.
- HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil – Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969
- , *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003
- HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *Introducción al Estudio del Derecho*, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- HORN, Hans-Rudolf, “Generaciones de Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo. Reflexiones comparativas sobre el Constitucionalismo Americano”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, pp. 403-430, IIJ-UNAM, México, 2002.
- HUERTA OCHOA, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 927-950. México, 2003.
- , *Conflictos normativos*, IIJ-UNAM, México, 2007.
- , *Teoría del Derecho, Cuestiones relevantes*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 461, IIJ-UNAM, México, 2008.
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et al., “El derecho a la vida desde la perspectiva del sistema interamericano de los derechos humanos”, *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, No, 2, pp. 107- 138, Bogotá, 2006.

- IGLESIAS CABERO, Manuel, "Las partes del Proceso (capacidad, postulación y legitimación)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 28, pp.43-56, Madrid, 2001.
- IGLESIAS, Román, y MORINEAU IDUARTE, Martha, "La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928", *Revista de Derecho Privado*, Núm. 7, 1992, pp. 51-63, IIJ-UNAM, México, 1992.
- IRAMAIN, Juan L., *Teoría de la Acción informativa*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2006, p. 75, 76 y 77
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984.
- IZU BELLOSO, Miguel José. "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978." *Civitas*. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, 1988,
- JAMES HOLTON, Gerald, *Introducción a los conceptos y teorías de las ciencias físicas*, Editorial Reverté, S.A. Trad. Dr. J. Aguilar Peris, Barcelona, 1987.
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José de Jesús, y otros, *Matemáticas I*, Editorial Umbral, Zapopan, 2005.
- KÄGI, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, Editorial Porrúa, México, 1998.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, Trad. Manuel García Morente, Editora Nacional, Madrid, 1973.
- , *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Trad. Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
- KANTOROWICZ, Hermann, *La definición del Derecho*, Trad. J. M. de la Vega, Revista de Occidente S.A, Madrid, 1964.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.
- , *¿Qué es Justicia?*, Trad. Albert Calsamiglia, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.
- , *Teoría general de las normas*, traducción al español por Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994.
- , *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- KERZ, Mercedes, "Un nuevo umbral para el Estado moderno, Reflexiones sobre la teoría de Jürgen Habermas," *Colección*, Año, X, No. 15, 125-161, 2004, Pontificia Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2004
- KLEIN REES, Paul, y W.SPARKS, Fred, *Algebra*, Trad. José Emilio Amores, Reverté Ediciones, México, 1998.
- KOSOLCHYK, Boris, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Dykinson, Madrid, 2010.

- KOTSUR, Markus, "Los Derechos Fundamentales en Europa", (Trad. Cristina Elias Méndez), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, No. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2009.
- KRIGER, Mauricio, *La Locación Urbana*, Vol. II, Fundación de cultura Universitaria, Montevideo. 1977.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Traducción de Agustín Contin, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- LA PEZA MUÑOZCANO, José Luis de, *De las obligaciones*, McGraw-Hill, México, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Vol. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1977.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil: I Parte General, Introducción*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LAFERRIERE, Augusto Diego, *Curso de Derecho Notarial*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad Nacional de Litoral, Provincia de Entre Ríos, 2008
- LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, "Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana," *Dikaion*, Núm. 18, pp. 247-267, Pontificia Universidad Javeriana, Chía Colombia, 2009.
- LANDA ARROYO, César, "Teorías de los Derechos Fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, No. 6, Enero-junio de 2002, IIJ-UNAM, México, 2002.
- , *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Palestra Editores, Lima, 2010.
- LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de Derechos Humanos", *DOXA*, No. 4, 1987, pp. 23-45, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1987.
- LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1991.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LARRÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, Editorial Cenit, Madrid, 1931.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005
- LEFUR, Luis, DELOS, Joseph Thomas, RADBRUCH, Gustav, y otros. *Los Fines del Derecho: Bien Común, Justicia y Seguridad*. Trad. Daniel Kuri Breña, UNAM, México, 1981.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", *Revista de Estudios Políticos*, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951
- , *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

- LEÓN STEFFENS, Avelino, y otros, *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- LEÓN TOVAR, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, OXFORD, México, 2002.
- LETÉLIER, Valentín, *Génesis del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.
- LICONA VITE, Cecilia, "La nulidad en el Código Civil de 1884. Aplicación Vigente de este Ordenamiento", *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1985.
- LIEBMAN, Enrico Tullio; *Manual de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídico Europa – América, Buenos Aires, 1980.
- LIAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960.
- LIAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, PERROT, Buenos Aires, 1997.
- LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico*, Librería Studium, Lima, 1986.
- LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, *Objeción de conciencia e insumisión, Reflexiones éticas*, Editorial Sal Terrae, Madrid, 1995.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, "Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca – México", *Constituciones, Derecho Y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002.
- LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología Jurídica*, Iure Editores, México, 2002
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, "Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 22, 2004. Págs. 99-120, Murcia, 2004.
- , *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, Colección Estudios del Derecho Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2005.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- LÓPEZ MEDINA, Diego E., *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.
- LÓPEZ PINA, Antonio, "La autonomía privada y los derechos fundamentales", *UNED Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp. 145-173, Madrid, 2007.
- , *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, 1ª edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1991.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999
- LUCIANO PAREJO, Alfonso, "Constitución y valores del ordenamiento", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991.

- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Traducc. Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V., México, 2005.
- LUTEZCO, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, (Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda), Porrúa, México, 1985.
- MACEDO, Pablo, "El Código de 1870. Su importancia en el Derecho Mexicano", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 3, pp. 245-265, México, 1971.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz, *Fundamentación Ecológica de la Teoría General del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorga Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Introducción*, PORRÚA, México, 1987.
- , "El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes", *Revista de la Facultad de Derecho de México, IIJ-UNAM*, No. 59, México, 1965.
- , "La absurda negación de la persona", *Revista de Derecho Privado, Nueva Serie, Número 9-10, Sección Doctrina*, pp. 97-109, IIJ-UNAM, México, 2004.
- , *Instituciones de Derecho Civil, T. I*, Porrúa, México, 1990, p. 231, 234 y 235.
- , *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Atributos de la Personalidad*, PORRÚA, México, 1987
- MALICKI, Anahí, "Comentarios de los artículos 1037 a 1065", *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, Hechos y Actos Jurídicos, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- MANSSINI-CORREAS, Carlos I., "El fundamento de los Derechos humanos," *Persona y Derecho*, No. 61, pp. 227-247, Universidad de Navarra, Navarra, 2009.
- MANTILLA PINEDA, Benigno, "Los valores jurídicos", *Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía*, Año XX, segunda época, Sept. 1959, Vol. XXVIII, No. 56, pp. 190-221, Ed. Universidad de Antioquía, Medellín, 1959.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, ESFINGE, México, 1999.
- MARIÑO MENENDEZ, Fernando M., "Los Límites de la Noción Formal de Orden Público internacional", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo II, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Catálogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, No. 105, pp. 826-832, Sevilla, 2005.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, "La persona jurídica", *Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, núm. 7*, pp. 93-114, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004
- , *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado*, Tomo IV, Libro cuarto. Primera Parte. De las Obligaciones, IIJ-UNAM-Porrúa, México, 1993.
- , *Teoría General de las Nulidades*, PORRÚA, México, 2003

- MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, *Teoría General de las Obligaciones*, OXFORD, México, 2000
- MARTÍNEZ GEMINIANO, Crescencio, “La defensa de los Derechos Difusos en el Juicio de Amparo”, *Jus Semper Loquitur*, No. 27, pp. 18-21, Revista del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, Oaxaca, 2000.
- MARTÍNEZ MARULANDA, Diego, *Fundamentos para una Introducción al Derecho*, Erinia Editorial Universidad de Antioquía, Medellín, 2007.
- MARTÍNEZ MONTIEL, Luz María, *Inmigración y Diversidad Cultural en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco, *La Jurisprudencia en Materia de Inconstitucionalidad de Leyes*, Porrúa, México, 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *El Orden Público como límite –impreciso y creciente– del ejercicio de los derechos*, Ed. Cívitas, Madrid, 1975.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo III, Tratado de obligaciones y contratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- , *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo IV, Tratado de obligaciones y contratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- MATEOS GARCÍA, Ángela. “Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica”, *La capacidad Jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2005.
- MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. vol. I, t. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965.
- MEDELLÍN URQUIA, Ximena, “Principio pro persona”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*, No. 1., pp. 6-96, Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México, 2013.
- MEDINA, Graciela, y HOOFF, Irene, “Comentarios del artículo 944”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. VI, *Hechos y Actos Jurídicos*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- MEDINA-RIESTRA, Alfredo, *Teoría del Derecho Civil*, Universidad de Guadalajara, Porrúa, México, 1999.
- MÉJAN, Luis Manuel, *Contratos Civiles*, Oxford, México, 2004
- MELICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, Caracas, Venezuela, 1997.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- , *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

- MEZA BARRIOS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones intervivos*, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- MINTEGUIA ARREGUI, Igor, *Los sentimientos religiosos y la moral pública como límites del ejercicio de la libertad de producción y creación artística y literaria*, Dykinson, Madrid, 2006.
- MOGUEL, Manuel. *Obligaciones Civiles Contractuales y extracontractuales*, PORRÚA, México, 2000.
- MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007.
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, "Concepto de Orden Público en las democracias contemporáneas", *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 22, 2010-II, pp. 197-222, Madrid, 2010.
- MONTARCE LASTRA, Antonio, "La incapacidad civil de los alienados", *Revista jurídica argentina "La Ley."*, Volumen 49, Buenos Aires, 1929.
- MONTERO DUHALT, Sara, "La incapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp.827-845, IIJ-UNAM, México, 1966.
- MONTIEL RODRÍGUEZ, José, "La invalidez del acto jurídico (ineficacia para la dogmática)", *Revista Jurídica de La Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Núm. 4, pp. 91-103, Sección Artículos, X, Puebla, 2003.
- MORALES GODO, Juan, *Instituciones de Derecho Civil, Teoría General del Derecho civil*, Palestra Editores, Lima, 2009.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli, lineamientos generales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, No. 120, México 2007.
- MORENO MARTÍNEZ, José Luis, *La Luz de los Padres. Temas Patrísticos de Actualidad Eclesial*, Instituto Teológico San Ildefonso, Toledo, 2005.
- MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- MORINEAU IDUARTE, Marta, et al. *Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1992.
- MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, México, PORRUA, 1986.
- MOUCHET, Carlos, y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- MOUSOURAKIS, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, Heidelberg, 2012.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., "Contradicción de tesis. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 6/2003", *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, No. 21, *La legitimación procesal del Procurador fiscal de la Federación en el juicio de amparo*, IIJ-UNAM y SCJN, México, 2007.

- NAVAS CASTILLO, Antonia, et al., *Derecho Constitucional: Estado Constitucional*, Dykinson, S.L. Madrid, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- , “Justicia”, *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, *Revista Ius et Praxis* Año 10 N° 2: pp. 197 - 223, Talca, 2004.
- , *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Ediciones Legales, Lima, 2009.
- , *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003.
- OBÓN LEÓN, J. Ramón, “El orden público y el interés social en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, IIJ-UNAM, México, 1998.
- OCHOA G., Oscar E., *Personas. Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- OLASO JUNYENT, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho, Tomo I, Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.
- , *Curso de Introducción al Derecho, Tomo II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- , *Curso de Introducción al Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003.
- OLAVE IBARRA, Olaf Sergio. *Obligaciones y Contratos Civiles*, Editorial Banca y Comercio, México 2005.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil, el proceso de declaración*, CERA, Madrid, 2000.
- OLLERO, Andrés, “Racionalidad, derecho y símbolos religiosos” *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, No. 64, 2011-1, pp. 43-57, Navarra, 2011.
- OLMOS PILDAIN, Asunción, “La libertad de expresión. Especial consideración a la protección jurídica frente a las extralimitaciones en su ejercicio”, *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 1. pp. 17-37, Madrid, 1987.
- ORDÓÑEZ, Jorge, “El Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Vida. Un caso Paradigmático en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, pp. 859-871, *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIJ-UNAM, México, 2002.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastra SRL, Buenos Aires, 1994.
- OTERO PARGA, Milagros, “Sobre la validez del ius cogens”, *Iuris tantum*, No. 21, Diciembre 2010, pp. 425-442, Universidad Anáhuac México Norte, México, 2010.

- , “Un tipo de ley. La norma jurídica”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 33, pp. 199-209, Sección Previa, México, 2003.
- , *Valores constitucionales*, Publicacións Universidade De Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, OXFORD, México, 1999.
- PACHECO E., Alberto, *Persona en el derecho civil mexicano*, Panorama, México, 1985.
- PACHECO G., Máximo, “Los derechos fundamentales de la Persona Humana”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995
- , *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl, “Readaptación social y neoconstitucionalismo”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 133-156, Editorial Comares, Granada, 2008.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, PORRÚA, México, 1988.
- PALLARES, Jacinto, *La garantía de audiencia y defensa judiciales*, Imprenta, litografía y encuadernación de I. Paz, México, 1897.
- PARDINAS, Felipe, *Metodología y técnicas de investigación en las ciencias sociales*, Siglo XXI, México, 1991
- PARKIN, Michael, *Microeconomía: versión para latinoamérica*, Trad. ESQUIVEL, Gerardo, Pearson Educación, México, 2006.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Obligaciones y contratos, Cuaderno II*, Universidad de Zaragoza Dykinson, Madrid, 2010.
- PARRA TRUJILLO, Eduardo de la., “Derechos de la Personalidad: Teoría General y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, pp. 139-163, *Jurídica* No. 31, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 2001.
- PARRA ARANGUREN, Fernando, *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- PAULSSON, Jan, “El Orden Público como Criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales,” en la obra colectiva *El Arbitraje Comercial Internacional*, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 Aniversario, Abeledo Perrot, Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (directores), Buenos Aires, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Latino Universitaria, Madrid, 1980.
- , *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, S.L. Madrid, 2004.
- , *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

- , *Libertad, poder, socialismo*. 1ª edición. Ed. Cívitas. Madrid, 1978.
- , “Los deberes fundamentales”, *DOXA*, núm. 4, Alicante, 1987.
- , *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Debate, Madrid, 1990.
- , “Los valores Superiores”, *Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, *Metodología del Derecho Comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IIJ-UNAM, México, 2005.
- PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, IIJ-UNAM, México, 2006.
- PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique, *Teoría General del Derecho*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2011.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, Vol. 1, *Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- PÉREZ BAUTISTA, Miguel Ángel. *Obligaciones*, IURE, México, 2005
- PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, “Nulidad de los Actos Jurídicos”, *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I-O*, UNAM, México, 1996.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Contratos Civiles*, PORRÚA, México, 1999.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Personas y derechos de la Personalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año, XLIV, núm. 131, Mayo-Agosto de 2011, pp. 877-882, IIJ-UNAM, México, 2011
- , “Nuevo enfoque de la Persona en el Derecho Civil”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 5, Marzo de 1992, pp. 69-78, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992.
- PÉREZ GÓMEZ, Alberto, *El control de las concentraciones de medios de comunicación, Derecho Español y comparado*. Dykinson S.L., Madrid, 2002.
- PÉREZ LLANA, Eduardo, “La noción de orden público en el Derecho Privado”. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, números 86 — 87. Universidad Nacional del Litoral, Año XVIII, 1956, Santa Fe, Argentina, 1956.
- PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, “Matrimonio putativo”, *Diccionario de Derecho Canónico*, Tecnos, Madrid, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- , “Dogmática de los Derechos Fundamentales y su transformación Constitucional”, *UNED Teoría y Realidad constitucional*, No. 20, pp. 495-511, Madrid, 2007.
- , “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en

homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 421-442, IIJ-UNAM, México, 2008.

———, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, "Mandato y Representación en el Derecho Histórico", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, No. 12, 1, 1994

PÉREZ, Yaneth, "Análisis económico de los vicios del consentimiento en el Régimen Colombiano y en los Principios sobre los contratos Comerciales Internacionales Unidroit" *Díkaion*, Año 21, Núm.16, pp. 179-194, Chía, 2007.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Oxford University Press, México, 2000.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Traducido por D. José Ferrández González, Porrúa, México, 1986.

PIANTONI, Mario A., et al, "Objeto lícito e ilícito", *Sociedades Civiles y Comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977.

PICATTO RODRÍGUEZ, Antonio, *Introducción al estudio del derecho*, IURE Editores, México, 2007.

———, *Teoría del Derecho*, Iure Editores, México, 2006.

PIERO SIRENI, Angelo, "Función y Método del derecho Comparado", Trad. Javier Elola, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 41, 1961, pp. 333-645, IIJ-UNAM.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1986.

PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano, Volumen I*, Introducción, personas, familia, México, PORRÚA, 1989.

———, *Derecho Civil Mexicano, Volumen III*, PORRÚA, México, 2002

———, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, 1977.

PINSÓN CAVERO, José Martínez de, *Curso de Teoría del Derecho*, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Rioja, Logroño La Rioja, 2013.

PIÑÓN GAYTÁN, Francisco, "El problema ético en la Filosofía de Kant", *Revista Política y Cultura*, Num. 38, Abril 2013, pp. 99-112, México, 2013.

PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático," *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 92, pp. 439-456, IIJ-UNAM, México, 1998.

———, "Los derechos sociales y sus enemigos: Elementos para una reconstrucción garantista", pp. 1-17, *Los derechos sociales en tiempos de crisis* Observatori DESC, diciembre 2009, Barcelona, 2009

———, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

PIZARRO SUÁREZ, Nicolás, *Obras, Volumen I, Catecismos*, Nueva Biblioteca Mexicana, UNAM, México, 2005.

PLANIOL Marcel, & RIPERT Georges, *Tratado elemental de derecho Civil*, (Traductor. Péreznieto Castro, Leonel.), Vol. 8. Oxford, México, 2004

- , *Derecho Civil*, (Trad. Leonel Pereznieto Castro, Oxford University Press, México, 2004.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del Derecho*, Porrúa, México, 1997.
- , “Metodología de la investigación científica del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 205-206, Sección de doctrina, Enero-abril 1996
- PONSSA DE MIGUENS, Nina. “Acerca del orden público”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, pp. 84-96, Enero-febrero, Buenos Aires, 1964.
- PONT MESTRES, Magín, VERDÚ SANTURDE, Antonio, *En torno a la capacidad económica como criterio constitucional de justicia tributaria en los Estados contemporáneos*, Imprenta Clarasó, S.A. Barcelona, 1974.
- POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
- POTHIER, Roberth Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Trad. Pablo Esméin, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002
- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, pp. 339-353, no. 21-II, Alicante, 1998.
- , “Un constitucionamismo ambiguo”, (trad. Miguel Carbonell), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- PRATI, Catherine, “Apuntes sobre la influencia de la Legislación Civil Francesa en el Código Civil de 1884”, *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, pp. 97-101, IIJ-UNAM, México, 1985.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, Volum. I, Departament de Dret Civil, Universitat de València. València, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- , “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5, Derecho y Proceso, Madrid, 2001.
- , *Introducción al Derecho*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985
- PUMAR ORTEGA, Tomás, “Algunos aspectos de la capacidad jurídica en el Derecho Romano”, *La capacidad Jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2005.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus Reformas*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- QUINTÁS ALONSO, Guillermo, *Términos y usos del Lenguaje Filosófico*, Publicaciones de la Universitat D Valencia. Editorial Marfil, Valencia, 2002.

- QUISPE REMÓN, Florabel, "Ius cogens en el sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso", *Revista de Derecho*, No. 34, pp. 42-78, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010.
- RAMÍREZ BAQUERO, Edgar, *La ineficacia en el Negocio Jurídico*, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- RAMOS PASCUA, José Antonio, et al, *Positivismo Jurídico a Examen*, Aquila Fuente Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- RAMOS PAZOS, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- RANGEL CHARLES, Juan Antonio, y SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de los Negocios, Tópicos del Derecho Privado*, Cengage Learning Editores, México, 2007.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001.
- REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Trad. Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, "Derechos de la personalidad y datos personales", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, págs. 143-206, UNED, Madrid, 1998.
- RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1985.
- , *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1983.
- , *Vida humana, sociedad y derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- RECASENS SICHES, Luis, y DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, t. I, UTHEA, México, 1946.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, "Requisitos Constitucionales para limitar los Derechos Fundamentales", *Estudios sobre Justicia Constitucional, Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, pp. 231-268, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004
- , *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- ROBLEDA, Olís, *La nulidad del acto jurídico*, Librería Editrice Dell "Università Gregoriana, Roma, 1964.
- ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011.
- ROCCO, Alfredo, *La interpretación de las leyes procesales*, Traducción de Rafael Greco, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005.
- ROCCO, Hugo, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Felipe de Jesús Tena, Porrúa Hermanos, México, 1938.
- ROCHA OCHOA, Cesáreo, *Manual de Introducción al Derecho*, Editorial Universidad Del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2006.

- RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles, "Validez formal y validez sustantiva: El encaje de la competencia material", *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, No. 30, 2007, pp. 543-559, Alicante, 2007.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, "El reconocimiento de matrimonios homosexuales extranjeros en México y la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal: Un cambio en el orden público interno", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 37, Sección Previa, pp. 231-262, México 2007.
- RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *La sentencia*, Bosch, Barcelona, 1974.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las Garantías Individuales en México*, Porrúa, México, 2009.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Los Conceptos jurídicos Fundamentales según Hans Kelsen", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 43, pp. 735-785, IIJ-UNAM, México, 1961
- , *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción Personas y Familia, Porrúa, México, 1986.
- , *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Bienes, derechos reales y sucesiones, Porrúa, México, 1988
- , *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, PORRÚA, México, 1987
- , *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Contratos, Porrúa, México, 1988.
- , *Derecho Civil Mexicano*, Introducción y Personas, Porrúa, México, 1986.
- , *Introducción a la Teoría General del Derecho y del Estado*, t. 1, El Nacional, México, 1941
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, (Traducido del Italiano por Ortega Santiago, Carlos), IIJ-UNAM, México, 2002.
- ROMANIELLO, Carmine Augusto, *Teoría General del Proceso*, Trad. Brender Ackerman Carlos, Youcanprint Self-Publishing, Roma, 2012.
- ROMERO FIGUEROA, Iván Gabriel, "Los Derechos de la Personalidad: Análisis de la contradicción de Tesis 100/2003-PS", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 2, núm. 2. 2006, pp. 61-81, IIJ-UNAM, México, 2006.
- RONDERO Y TOQUERO, Ma. del Rayo, FLORES LÓPEZ, Juan José, *Taller de Lógica*, Editorial Umbral S.A.de C.V., Zapopan, 2007.
- ROSALES, Carlos M., "La función del Derecho Administrativo en el Estado Democrático de Derecho", *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 95- 108, México, 2008.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro G. Carrió, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1963.
- RUBIO CORREA, Marcial, *El Título preliminar del Código Civil*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.

- , “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Themis*, No. 51, pp. 7 – 18, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- , *La invalidez del acto jurídico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.
- , *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*, Vol. IX, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003.
- RUBIO-LLORENTE, Francisco, “La configuración de los derechos fundamentales en España”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, 1998.
- RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929.
- , *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1931.
- RUIZ LARES, Daniel, “Los Criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 2, No. 2, ITAM, Junio de 2012, México, 2012.
- SALAMANCA AGUADO, Ma. Esther, “Subjetividad Internacional del Estado”, *Derecho Internacional Público*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010.
- SALVAT, Raymundo Miguel, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Obligaciones en General*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935
- , *Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Medios de control constitucional, gobierno y país. De lo singular a lo plural, *Revista Académica*. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 226-235, México, 2008
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, “La controversia Constitucional”, *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 29, pp. 507-542, México, 1999.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *La capacidad jurídica: fundamentos de conocimiento jurídico*, Ángel Sánchez de la Torre (Editor) Dykinson, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia)*, Porrúa, México, 2002.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato*, Porrúa, México, 2004.
- SÁNCHEZ, Víctor M., *Derecho Internacional Público*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010.
- SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *Derecho Civil, Introducción al derecho mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1981.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 639-666, Editorial Comares, Granada, 2008.
- SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones*, McGRAW-HILL, México, 2002.
- SANTOS PÉREZ, M. Lourdes, "Transformaciones del Derecho en Latinoamérica. El caso de la Filosofía del Derecho", en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, (Editores), *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica, Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, pp. 667-672, Editorial Comares, Granada, 2008
- SARAZÁ, Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.
- SARTORI, Giovanni, *Elementi di teoría política, Elementos de Teoría Política*, Versión Española de María Luz Morán, Alianza, Madrid, 2000.
- , *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- SATANOWSKY, Marcos, *Estudios de Derecho Comercial*, Tomo I, Buenos Aires, 1950.
- SAVIGNY, M. Frédéric Carl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo III, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f.
- SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- SCHILLACI, Angelo, "Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad", (Traducido del italiano por AGUILAR CALAHORRO, Augusto), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010.
- SERRANO BLANCO, Ignacio, "La legitimación activa de las Comunidades Autónomas en el Recurso de Inconstitucionalidad y la Reforma de los Estatutos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 24, mayo 2011, pp. 117-176, Valladolid, 2011
- SERRANO VICENTE, Martín, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tébar, S.L., Madrid, 2007.
- SILVA MALDONADO, Marcos D., "Crítica a la Comparación jurídica y al método que emplea", *Alegatos*, Núm, 74, UAM, México, Enero-abril de 2010.
- SMEND, Rudolf, "Libertad de expresión de ciencia y cátedra", *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, (Trad. Joaquín Brage Camazano), UNAM, México, 2005.
- SMITH, Juan Carlos, "Orden público", *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXI. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1968.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Notas y reflexiones históricas en torno al artículo 11 del Código Civil de 1884", *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1985.

- SOBREVILLA, David, *Escritos peruanos de Francisco Bilbao*, Editorial Universitaria, Santiago, 2005.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, "La reparación in natura del daño", *Universitas*, núm. 109, pp. 187-238, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Limusa Noriega Editores, México, 1982.
- SOTO GAMBOA, María de Los Ángeles, *Nociones Básicas de Derecho*, 2ª Ed. UENED, San José, 2005.
- SPOTA G., Alberto, *Tratado de derecho civil, Tomo I, Volumen 3*, Depalma, Buenos Aires, 1948.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011
- STAMMLER, Rudolf, *Teoría del Derecho y del Estado*, Biblioteca Antorcha, Ediciones Antorcha, México, 2000.
- , *Tratado de Filosofía del Derecho*, Trad. de Wenceslao Roces, Ed. Reus, Madrid, 1930.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Trad. Jaime Santos Ruiz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto, "Eficacia de los derechos fundamentales contenidos en un tratado internacional: México y España", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, pp. 863-878, IIJ-UNAM, México, 2008.
- SUÁREZ, Eloy Emiliano, *Introducción al Derecho*, Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Rep. Argentina, Santa Fe, 2004.
- SWOKOWSKI, Earl W, y COLE, Jeffery A., *Algebra y Trigonometría con Geometría Analítica*, CENGAGE Learning, México, 2011.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Persona", *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, P-Reo*, UNAM, México, 1984.
- , *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 86, IIJ UNAM, México, 1986
- , *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1998.
- TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, MCGRAW-HILL, México, 2002.
- TAVALORI OLIVEROS, Raúl, *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010
- TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "Aplicabilidad de la eficacia reflejada de la Cosa Juzgada", *Anales de Jurisprudencia*, Número 234, pp. 189-198, IIJ-UNAM, México, 1998
- , "El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación", *Anales de Jurisprudencia*, Núm, 233, Sección de Previa, UNAM, México, 1998.
- TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1996.

- TOPETE LARA, Hilario, "Personas, normas y cargos. Apuntes para una reflexión", *Cargos, Fiestas, comunidades*, pp. 141-156, Autónoma del Estado de México, Toluca, 2002.
- TORAL LARA, Estrella, *El contrato de Renta Vitalicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Privado, Salamanca, 2008.
- TORIA ARIAS, Ramón, *Teoría General del Proceso y su aplicación al proceso civil en Nayarit*, Universidad Autónoma de Nayarit, Tepic, 2000.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, "Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales?", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 1, pp. 449-474, IIJ-UNAM, México, 2007.
- TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- TORTOLERO CERVANTES, Francisco, "La flexibilización de los intérpretes constitucionales", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares, Pliego Derecho*, pp. 43-58, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Guanajuato, 2006.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *La Persona y sus Atributos*, Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, San Nicolás de los Garza, 2002.
- , *Los Contratos Civiles y sus Generalidades*, Editorial Mc Graw-Hill, México, 2007.
- , *Teoría General de las Obligaciones*, McGraw-Hill, México, 2007.
- VALADÉS, Diego, "La protección de los Derechos Fundamentales frente a terceros", *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, pp. 681-710, IIJ-UNAM, México, 2010.
- , "Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio de HÄBERLE, Peter," *El Estado Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- VALLADO BERRÓN, Fausto E., *Teoría general del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.
- VAQUER ALOY, Antoni, en el prólogo a la traducción de la obra de ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p.11 y 12.
- VARELA Y MORALES, Felix, *Lecciones de Filosofía*, Impreso por G.F. BUNCE, Nueva York, 1832.
- VARGAS MORGADO, Jorge, "Hacia una jurisprudencia humanista", *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle*, Año, VI, No. 11, Junio 2008, pp. 259-268, México, 2008.
- VARÓN MEJÍA, Antonio, "Orden Público internacional y normas IUS COGENS: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho internacional y la Convención de Viena de 1969", *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, No. 32, 2010, pp. 211-229, Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, Bogotá, 2010.

- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de los Contratos", *Principal*, 2006, Universidad de Zaragoza, 2006.
- , "El anteproyecto de Pavía", pp. 419-436. *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson / Aranzadi, Navarra, 2003,
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, et al., en AA.VV., *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*. Vols. I-II, Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2003.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos Mercantiles*, PORRÚA, México, 2004
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, "El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 415-466, IIJ-UNAM, México, 2012.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano, Curso de Derecho Privado*, PORRÚA, México, 1985
- VERDUGO, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano*, Librería de J. Valdés y Cueva, México, 1885.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, IIJ-UNAM, México, 2004
- VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- , "Norma jurídica y esquema referencial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 21, pp. 189-198, IIJ-UNAM, México, 1974.
- VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- VIDAL LOPEZ, Roberto Carlos, *El derecho global de los desplazamientos internos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2007.
- VILANOVA, José, *Elementos de Filosofía del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, "La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades.", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, pp. 5-37, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México, 2009.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la, et Al., *Ley del Procedimiento Laboral*, La Ley, Madrid, 2006.
- VILLORO TORANZO, Miguel, "La norma jurídica y sus caracteres", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 111, pp. 857-874, México, 1978.
- , *Introducción al Estudio del Derecho*. PORRÚA, México, 2004.
- , *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1984.

- , *Metodología del trabajo jurídico*, Técnicas del Seminario de Derecho, LIMUSA, México, 1988
- VODANOVIC H., Antonio, *Manual de Derecho Civil, Vol. I, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001
- , *Manual de Derecho Civil, Vol. II*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001
- VOET, Donald, *Bioquímica*, Trad. Silvia Rondinone, Diana Klajn y M.V. Preciado, Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2006.
- VON IHERING, Rudolf, *El fin del Derecho*, Traducción de Leonardo Rodríguez, Biblioteca de Filosofía y Sociología, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911.
- WILLIAM ATKINS, Peter, y JONES, Loretta, *Principios de química: los caminos del descubierto*, Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2006.
- WITKER, Jorge, et. al., *Metodología Jurídica*, UNAM-Mc GRAW-HILL, México, 1997.
- WITKER, Jorge, *Cómo elaborar una Tesis en Derecho Pautas metodológicas y técnicas para el Estudiante o investigador del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- , *Técnicas de investigación jurídica*, UNAM-Mc GRAW-HILL, México, 1997.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Editorial Mad, S.L., Sevilla, 2006.
- WRIGHT, Georg Henrik, VON, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Trad. Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- , *¿Derecho Procesal Constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., FUNDAp, Querétaro, 2004.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Pasado, presente y futuro del juicio de amparo Reflexiones sobre la crisis de la protección de los derechos fundamentales en México, a doce años de la reestructuración en la Suprema Corte", *Justicia Constitucional en México*, pp. 157 - 170, Junio de 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.
- ZANNONI, Eduardo A., et al, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000.
- ZLATA DRNAS, Clément de., "Las normas imperativas de Derecho Internacional General (Jus cogens). Dimensión sustancial," pp. 647-680, *Estudios de Derecho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro. Vol. I. Ed. Drnas-Lerner, Córdoba, 2002.*

Documentos y sitios electrónicos:

ARAGÓN REYES, Manuel, *Neoconstitucionalismo y garantismo*, Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.do> recuperado el 15 de marzo de 2015.

BROTAT I JUBERT, Ricard. *Un concepto de seguridad ciudadana*. (2002) http://www.dip-alicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROTAT_seguridad_ciudadana.PDF. Recuperado el 14 de mayo de 2014.

CORZO, Édgar. Especialista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la página: <https://canaljudicial.wordpress.com/2013/04/05/declaratoria-general-de-inconstitucionalidad/>. Documento recuperado el 15 de abril de 2014.

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavia”, *Nulidad. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2005, Proyecto de Investigación sobre “Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos”, CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista Electrónica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2005, Consultable en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=58> recuperado el 10 de julio de 2012.

DE LOS MOZOS, José Luis, “El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia”, *Diario La Ley*, No. 5629, Octubre de 2002, Madrid, consultable en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/CCPavia.html>, recuperado el 27 de septiembre de 2012.

Diccionario electrónico. <http://www.diccionarioinformal.com.br/cogente/>. Recuperado el 20 de abril de 2014.

Enciclopedia Universal Académica. Recuperado el 19 de abril de 2014, consultable en http://enciclopedia_universal.esacademic.com/215565/derecho_cogente .

Enciclopedia virtual. Sobre la definición de orden público consultable en: <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=404>, recuperado el 15 de diciembre de 2013.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “La anulabilidad de los actos de los incapaces. Especial referencia a las personas discapacitadas”. *Principal*, 2006 (Especial Coloquio) *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos*. CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Universidad Jaume I de Castellón. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, consultable en:

<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=237>

LÓPEZ PEÑA, Mario, sobre los efectos generales de las sentencias de amparo indirecto. <https://canaljudicial.wordpress.com/2013/04/05/declaratoria-general-de-inconstitucionalidad/>. Recuperado el 15 de abril de 2014.

MAÑÓN, Guillermo, Reseña del dialogo entre Peter Häberle y Francisco Valaguer, sobre *Verdad y Estado constitucional* de Peter Häberle, Recuperado el 28 de noviembre de 2015. <http://biblioteca.itam.mx/estudios/60-89/80/GuillermoManionPeterHäberleVerdad.pdf>

PISARELLO, Gerardo, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español." Recuperado el 15 de marzo de 2015, consultable en: http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf

STAMMLER, Rudolf, *Teoría del Derecho y del Estado*, Consultable en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teorias_derecho/indice.html. Recuperado el 15 de diciembre de 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Tesis del Poder Judicial de la Federación Recuperado el 15 de abril de 2014. <https://www.scjn.gob.mx> <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONTROVERSIA%20CONSTITUCIONAL.pdf>

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de los contratos", *Nulidad. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2006, Proyecto de Investigación sobre "Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos", pp. 1-27, CIRC Clasificación Integrada de Revistas científicas, Revista Electrónica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006. Consultable en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=215> Recuperado el 11 de julio de 2012.

VLEX. Base de datos jurídicos: <http://app.vlex.com> [http://boe.vlex.es/vid/higinio-guirado-nota-berja-suspende-71689525?_utma=182052960.1226149157.1397954090.1397954090.1397954090.1&_utmb=182052960.0.10.1397954090&_utmc=182052960&_utmx=-&_utmz=182052960.1397954090.1.1.utmcsr=google|utmccn=\(organic\)|utmcmd=organic|utmctr=\(not%20provided\)&_utmv=-&_utmk=172993827](http://boe.vlex.es/vid/higinio-guirado-nota-berja-suspende-71689525?_utma=182052960.1226149157.1397954090.1397954090.1397954090.1&_utmb=182052960.0.10.1397954090&_utmc=182052960&_utmx=-&_utmz=182052960.1397954090.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(not%20provided)&_utmv=-&_utmk=172993827) . Recuperado el 19 de abril de 2014.

CUERPOS NORMATIVOS

- Código Civil de España (1889)
- Código Civil de la República Argentina (Vélez Sarsfield vigor 1871)
- Código Civil de la República de Chile (Andrés Bello vigor 1857)
- Código Civil Federal
- Código Civil italiano publicado en la Gaceta Oficial el 4 de abril de 1942 (Traducido al español por Juan Rojas Jaen)
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código Civil para el Estado de Guanajuato
- Código Civil y Comercial de la Nación. (Argentina 2014). Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Jurídica *Infojus*, 2014.
- Código de Comercio
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato
- Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavia)
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política para el Estado de Guanajuato
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Gaceta Oficial del Distrito Federal, 25 de mayo de 2000.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006.

ÍNDICE

Agradecimientos.	I
Dedicatorias.	III
Introducción.	V

METODOLÓGÍA DEL OBJETO DE ESTUDIO

I. Construcción metodológica del objeto de estudio	IX
II. Justificación.	X
III. La problemática.	XXI
IV. Planteamiento del Problema.	XXIII
V. Factibilidad.	XXIV
VI. Pertinencia.	XXV
VII. Hipótesis.	XXVII
VIII. Objetivos.	XXVII
IX. Marco teórico conceptual.	XXVIII
X. Paradigma de investigación.	XXXI
XI Método de investigación.	XXXII

CAPÍTULO I

EL BINOMIO PERSONALIDAD-CAPACIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 Introducción.	1
1.1.1. La capacidad en relación al derecho subjetivo y al derecho objetivo.	3
1.1.2. El principio personalista como premisa de la capacidad e incapacidad. ..	4
1.1.3. Ser humano y persona: <i>El ordenamiento jurídico como causa adecuada</i>	5
1.2. El concepto jurídico de persona.	6
1.2.1. <i>Las Personas Jurídicas Individuales</i>	11
1.2.2. <i>Las Personas Jurídicas Colectivas</i>	15
1.2.3. <i>Teorías de la personalidad de los entes colectivos</i>	17
1.2.3.1. <i>Teoría de la Ficción</i>	17
1.2.3.2. <i>Teoría de los derechos sin sujeto</i>	19
1.2.3.3. <i>Teorías Realistas</i>	19
1.2.4. <i>Diferencia entre persona y personalidad jurídica</i>	25
1.2.5. <i>La visión tridimensional de la persona jurídica</i>	27
1.3. Noción de la capacidad jurídica.	29
1.4. El binomio personalidad-capacidad.	31
1.5. Distinción entre capacidad y personalidad jurídica.	32
1.6. La capacidad jurídica en el neo-constitucionalismo como nuevo paradigma. ...	34
1.6.1 <i>La capacidad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli</i>	45

1.6.2 La capacidad en la concepción de Robert Alexy.	49
1.6.3 La capacidad conforme al pensamiento de Riccardo Guastini.	51
1.6.4 La capacidad basada en el pensamiento de Paolo Comanducci.	57
1.6.5 La capacidad jurídica en base a la ideología de Juan José Moreso.	59
1.6.6 La capacidad en base al pensamiento de Luis Prieto Sanchís.	61
1.6.7 La capacidad conforme a las ideas de Antonio Enrique Pérez Luño.	65
1.6.8 La capacidad jurídica conforme a Susanna Pozzolo.	67
1.6.9 La capacidad jurídica a la luz de las ideas de Peter Häberle.	69
1.6.10 La capacidad basada en la concepción de Jürgen Habermas.	73

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CORRESPONDENCIA CON LA CAPACIDAD JURÍDICA

2.1. 2.1. Los derechos fundamentales, la metodología y terminología.	79
2.1.1 Orígenes y documentos precursores.	92
2.2. La capacidad jurídica en las generaciones de derechos fundamentales.	95
2.2.1 La capacidad jurídica en los derechos de primera generación.	96
2.2.2. La capacidad jurídica en los Derechos de Segunda Generación.	97
2.2.3. La capacidad jurídica en los Derechos de la Tercera Generación.	98
2.3. Internacionalización de los Derechos Humanos.	106
2.4. Interpretación de los derechos fundamentales.	109
2.5. Concepción de Luigi Ferrajoli.	113
2.6. Alcance y significado de los derechos fundamentales.	119
2.7. Garantía del cumplimiento y efectividad de los Derechos Fundamentales.	128
2.8. La capacidad como idoneidad para tener y ejercer derechos fundamentales.	131
2.8.1 La dignidad humana como valor y principio del Estado Constitucional	131
2.8.2 La persona como ente de imputación de derechos fundamentales	134
2.8.3 La relación status-persona-capacidad	138
2.8.4 La capacidad como idoneidad de la persona en relación a los derechos.	141
2.8.5 Eficacia de los derechos fundamentales ante los particulares	142
2.9. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas	144

CAPÍTULO III

BIDIMENSIONALIDAD DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. PRIMER DIMENSIÓN: COMO ATRIBUTO DE LA PERSONA.

3.1. La bidimensión de la capacidad.	149
3.2. Concepto jurídico de capacidad.	153
3.2.1. Antecedentes históricos.	158
3.2.2. La capacidad como atributo de la persona (Primer dimensión)	165
3.2.3. Los presupuestos de la capacidad.	172

3.2.4. Presunción legal Favorable a la mayor capacidad.	172
3.2.5. Clases de capacidad: de goce y de ejercicio.	173
3.2.5.1. De goce	175
3.2.5.2. De ejercicio	177
3.2.6. Capacidad de goce como presupuesto de la de ejercicio. .	179
3.2.7. Los grados de la capacidad.	180
3.2.8. Inicio y fin de la capacidad.	180
3.2.8.1. El nasciturus	181
3.2.8.2. La viabilidad	185
3.3. La incapacidad jurídica.	186
3.3.1. El fundamento racional de las incapacidades	189
3.3.2. Consecuencias jurídicas de cada tipo de incapacidad	190
3.3.2.1. Los efectos atribuibles a la incapacidad de goce	193
3.3.2.2. La ratio iuris de las incapacidades de goce	197
3.3.2.3. Los efectos atribuibles a la incapacidad de ejercicio	204
3.3.2.4. La ratio iuris de las incapacidades de ejercicio	207
3.3.3. Efectos de las sentencias sobre incapacidad	210
3.3.4. Grados de incapacidad de ejercicio.	211
3.3.5. Incapacidad Absoluta y Relativa (Derecho argentino).	212
3.4. Características de la capacidad e incapacidad.	213
3.5. Figuras limítrofes en materia de incapacidad.	217
3.6. La representación como forma de suplir incapacidades.	222
3.7. Capacidad y legitimación.	231
3.7.1 La capacidad y la legitimación en materia sustantiva.	233
3.7.2 La capacidad y legitimación en materia adjetiva.	238
3.7.2.1. La capacidad procesal	239
3.7.2.2. La capacidad para ser parte	240
3.7.2.3. La legitimación procesal	241
3.7.2.3.1 La legitimación ad causam	244
3.7.2.3.2 La legitimación ad procesum	245
3.7.2.3.3 La legitimación activa	247
3.7.2.3.4. La legitimación pasiva	248

CAPÍTULO IV

SEGUNDA DIMENSIÓN DE LA

CAPACIDAD JURÍDICA: EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. La segunda dimensión de la capacidad (Como elemento de eficacia).....	249
4.2. La Teoría de la Inexistencia.	251
4.3. La Validez y nulidad del contrato como figura prototípica de los actos jurídicos	257
4.3.1 La eficacia e ineficacia.	259
4.3.2 La inexistencia de actos jurídicos.	263
3.3 La validez y la nulidad de los actos jurídicos.	266

4.4. La nulidad en el Derecho Romano.	269
4.5. Teorías de la nulidad en el Derecho Francés.	277
4.5.1 Antecedentes.	277
4.5.2 Teoría clásica o tradicional (Aubru et Rau, Planiol & Ripert,).	278
4.5.2.1 La inexistencia del acto.	278
4.5.2.2 Diferencia entre los actos inexistentes y los actos nulos.	279
4.5.2.3 Los actos nulos.	280
4.5.2.4 Los actos anulables.	281
4.5.3 Tesis de Japiot.	282
4.5.3.1. Teleología de la nulidad.	284
4.5.3.2. La naturaleza jurídica de la nulidad.	285
4.5.3.3. Crítica a la teoría clásica por Japiot.	286
4.5.4 Tesis de Piedelievre.	287
4.5.5 Teoría de Bonnecase.	289
4.6. Análisis comparativo de la capacidad como elemento de eficacia en el Derecho Comparado.	293
4.6.1 El método jurídico comparativo.	295
4.6.2 En España.	299
4.6.2.1. <i>Actos nulos, la nulidad.</i>	300
4.6.2.2. <i>Actos anulables, la anulabilidad.</i>	302
4.6.3 En Italia.	304
4.6.3.1. La nulidad.	305
4.6.3.2. La anulabilidad.	307
4.6.3.3. Efectos de la anulabilidad.	308
4.6.4 En Argentina.	309
4.6.4.1. Actos nulos.	310
4.6.4.2. Características de los actos nulos.	311
4.6.4.3. Actos anulables.	312
4.6.4.4. Características de los actos anulables.	313
4.6.4.5. Aspectos comunes a una y otra clase de nulidad.....	314
4.6.5 En Chile.	315
4.6.5.1. Elementos esenciales.	315
4.6.5.2. Elementos de validez.	316
4.6.5.3. Nulidad absoluta.	316
4.6.5.4. Características de la nulidad absoluta.	317
4.6.5.5. Nulidad relativa.	318
4.6.5.6. Características de la nulidad relativa.	318
4.6.6 La inexistencia y la nulidad en el Código Europeo de Contratos	319
4.6.6.1. Antecedentes.	319
4.6.6.2. Las ineficacias en el <i>Anteproyecto de Pavia (Giuseppe Gandolfi)</i> ..	322
4.6.6.2.1. La inexistencia en el Proyecto Gandolfi.	323
4.6.6.2.2. Consecuencias de la inexistencia en el <i>Proyecto de Código Europeo.</i>	326

4.6.6.2.3. La nulidad en el Proyecto Gandolfi.	327
4.6.6.2.3.1. Las causas generales de nulidad.	327
4.6.6.2.3.2. Los casos especiales de nulidad.	329
4.6.6.2.3.3. Conflicto de leyes en el espacio.	330
4.6.6.2.3.4. Efectos de la nulidad.	330
4.6.6.2.3.5. Confirmación del contrato nulo.	332
4.6.6.2.3.6. La nulidad parcial.	332
4.6.6.2.3.7. Diferencias entre la nulidad del Código Europeo y la nulidad absoluta del Derecho civil mexicano.	333
4.6.6.2.4. La anulabilidad en el Proyecto Gandolfi.	334
4.6.6.2.4.1. Efectos de la anulación.	336
4.7. Análisis y sistematización. (Analogías y diferencias).	337
4.7.1. Con la legislación civil en España.	337
4.7.2. Con la legislación civil en Italia.	338
4.7.3. Con la legislación civil en Argentina.	339
4.7.4. Con la legislación civil en Chile.	343
4.7.5. Con el <i>proyecto de Código Europeo de los contratos. Proyecto Gandolfi</i>	344
4.7.5.1. Actos nulos.	344
4.7.5.2. La anulabilidad.	346
4.8. Síntesis de la comparación en cuanto a la incapacidad.	347

CAPÍTULO V

BIDIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: COMO ELEMENTO DE VALIDEZ EN EL DERECHO MEXICANO.

5.1. La Bidimensión de la capacidad en el Derecho Mexicano.	351
5.2. La inexistencia y nulidad en el Derecho Mexicano.	354
5.2.1 Antecedentes de la inexistencia en el Derecho Mexicano.	354
5.2.1.1. El Código Civil de 1870.	355
5.2.1.2. El Código Civil de 1884.	356
5.2.1.3. El Código Civil de 1928.	358
5.2.2. La inexistencia y nulidad en el Código Civil Federal Vigente.	359
5.2.3. Precisión de género a especie.	361
5.3. Los elementos esenciales.	364
5.3.1. La manifestación de voluntad o el consentimiento.	367
5.3.2. El objeto Posible.	369
5.3.2.1. La posibilidad de la cosa	372
5.3.2.2. La posibilidad del hecho	374
5.3.3. La solemnidad.	375
5.3.3.1. Características de la solemnidad como <i>forma constitutiva</i>	378
5.4. La inexistencia y sus características	380
5.5. Los elementos de validez.	381
5.5.1 Antecedentes.	381

5.5.2. El Primer elemento de validez. La forma legal.	383
5.5.2.1 Formas de externar la voluntad.	383
5.5.2.2. Consensualismo y formalismo.....	384
5.5.2.3. La ratio iuris de la formalidad.	385
5.5.2.4. Clasificación de los contratos por su forma.	386
5.5.2.5. La forma general y la forma especial.	387
5.5.2.6. La confirmación. (Dar la forma omitida).	389
5.5.2.6.1. Requisitos y características.	390
5.5.2.6.2. Efectos jurídicos.	391
5.5.3. Segundo elemento de validez. <i>La ausencia de vicios en la voluntad.</i>	392
5.5.3.1. El error.....	392
5.5.3.2. El dolo y la mala fe.	395
5.5.3.3. La violencia o intimidación.	397
5.5.3.4. La lesión.....	398
5.5.3.5. Consecuencias jurídicas por los vicios de la voluntad.....	400
5.5.4. Tercer elemento de validez. La licitud en el objeto.	400
5.5.4.1. La ilicitud.....	403
5.5.4.2. Lo que va contra la ley.....	404
5.5.4.3. Lo que va contra las buenas costumbres.	405
5.5.4.4. Sanción por ilicitud.....	406
5.5.5. Cuarto elemento de validez. La capacidad jurídica.	407
5.5.5.1. Sanción atribuida en el derecho mexicano a los casos de incapacidad.....	408
5.5.5.2. La deficiencia <i>al regular las consecuencias de la incapacidad</i>	408
5.5.6. Consecuencias de la falta de los elementos de validez.	410
5.6. Relación entre los elementos esenciales con los de validez.	412
5.7. La nulidad y su clasificación en el Derecho mexicano.	414
5.7.1. La nulidad como sanción.	414
5.7.2. La nulidad absoluta y sus características	416
5.7.3. La nulidad relativa y sus características	417
5.7.4. La nulidad total.	418
5.7.5. La nulidad parcial.	420
5.7.6. La nulidad ipso iure (de pleno derecho)	421
5.7.7. Nulidades que requieren declaración judicial.	423
5.7.8. Nulidades de oficio.	423
5.7.9. Por vía acción y por vía excepción.	423
5.8. Diferencias entre inexistencia y nulidad.	424
5.9. Enfoque doctrinal y legal <i>sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad.</i>	425
5.9.1. Diferencias entre inexistencia y nulidad en el derecho mexicano.	425
5.9.2. Diferencias entre la nulidad absoluta y nulidad relativa.....	427
5.9.3. Semejanzas entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.....	428
5.10. Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre inexistencia y nulidad.....	429
5.11. Papel de la capacidad como elemento de validez.	441

5.12. La incapacidad jurídica, bienes y valores que protege.	442
5.12.1. El bien jurídico.....	442
5.12.2. Valor jurídico.	443
5.12.3. Valores y bienes jurídicos tutelados con las incapacidades.....	445
5.12.4. Los órdenes “particular” y “público” en relación a las incapacidades.....	447

CAPÍTULO VI

DE LAS NORMAS Y DEL LENGUAJE, A LA NORMA JURÍDICA TAXATIVA DE ORDEN PÚBLICO

6.1. Introducción. <i>De las normas a la norma jurídica de orden público</i>	449
6.1.1. Correspondencia de las normas con el orden.	450
6.1.2. <i>Importancia de las normas jurídicas para el orden en la vida social.</i>	451
6.1.3. El contenido de las normas jurídicas.	451
6.1.4. <i>Acontecimientos que dan contenido y justifican a las normas jurídicas.</i>	452
6.1.5. De la ley a la norma jurídica como formas de expresión del derecho.	452
6.2 Del lenguaje a las normas: <i>El lenguaje, las prescripciones y las normas</i>	454
6.3. Funciones básicas del lenguaje.	456
6.3.1 <i>Función descriptiva.</i>	456
6.3.2 <i>Función expresiva o emotiva</i>	458
6.3.3 <i>Función operativa o performativa</i>	459
6.3.4. <i>Función directiva o prescriptiva</i>	459
6.3.5. <i>Función por antonomasia aplicable a las normas jurídicas</i>	460
6.3.5.1 Especies de enunciados prescriptivos	461
6.3.5.1.1 <i>Las palabras deónticas.</i>	462
6.3.5.1.2 <i>Palabras modales</i>	462
6.3.5.1.3 <i>Expresiones operativas</i>	463
6.3.5.1.4 <i>Enunciados interrogativos</i>	464
6.4 Concepto de norma	464
6.4.1 <i>Especies de sistemas normativos y sus características</i>	465
6.5. Concepto de norma jurídica	471
6.5.1. <i>Construcción del concepto.</i>	477
6.5.1.1. <i>Prescripciones jurídicas.</i>	477
6.5.1.2. <i>Carácter imperativo-atributivo</i>	480
6.5.1.3. <i>Que regulan la conducta humana en su dimensión social</i>	482
6.5.1.4. <i>Cuya observancia puede imponerse coactivamente.</i>	482
6.5.1.5. <i>Dotadas de Validez formal y material</i>	483
6.5.1.6. <i>Ámbito espacial, temporal y teleología.</i>	483
6.5.1.7. <i>Bilateralidad, exterioridad, heteronomía y coercibilidad</i>	484
6.5.2 Características de la norma jurídica	485
6.5.2.1 <i>Características tradicionalmente aceptadas</i>	485
6.5.2.2. <i>Otras características de la norma jurídica</i>	489

6.5.2.2.1 La determinación.	489
6.5.2.2.2 La imperatividad.	489
6.5.2.2.3 La finalidad.	490
6.5.2.2.4 La generalidad.	490
6.5.3. Elementos de las normas prescriptivas según Georg Henrik Von Wright. ..	490
6.5.3.1 El núcleo normativo	491
6.5.3.2 Elementos distintivos	492
6.5.3.3 Elementos accidentales	492
6.5.4. Causas: material, formal, eficiente y final de las normas jurídicas.	493
6.5.4.1 Su causa material (juicio racional)	493
6.5.4.2 Su causa formal (promulgación).	494
6.5.4.3 Su causa eficiente (autor)	494
6.5.4.4 Su causa final (bien común).	495
6.5.5 Estructura de la norma jurídica	496
6.5.5.1 La norma jurídica como juicio categórico	501
6.5.5.2 La norma jurídica como juicio hipotético	502
6.5.5.3 La norma jurídica como juicio disyuntivo	505
6.5.5.4 La endonorma y perinorma cossiana y la norma primaria y secundaria de Kelsen.	507
6.5.6. La Validez de las normas jurídicas	509
6.5.6.1. La validez formal de las normas jurídicas	512
6.5.6.2. La validez material de las normas jurídicas	517
6.5.6.3. La validez real o sociológica de las normas jurídicas	520
6.5.6.4. La coexistencia de todos los criterios de validez (trilogía o tríada)... ..	524
6.5.7. La invalidez de las normas jurídicas.	529
6.5.7.1 Formas débil y fuerte de invalidez	531
6.5.7.2 Fuentes de invalidez de las normas	533
6.5.7.3 En el amparo indirecto en revisión contra leyes.	534
6.5.7.4 En las controversias constitucionales.	535
6.5.7.5 En las acciones de inconstitucionalidad.	536
6.5.8. Criterios de clasificación de normas jurídicas	538
6.5.8.1. Las normas jurídicas prescriptivas por su estructura	538
6.5.8.1.1. Normas jurídicas imperativas u órdenes sus elementos	539
6.5.8.1.2. Normas jurídicas prohibitivas sus elementos	540
6.5.8.1.3. Normas jurídicas que imponen obligaciones	541
6.5.8.1.4. Normas jurídicas (anankásticas) imponen un tener que ...	541
6.5.8.1.5. Normas jurídicas permisivas	542
6.5.8.2. Según Abelardo Torre	545
6.5.8.3 Según Pinsón Caverro.....	546
6.5.8.4 Según Norberto Bobbio	546
6.5.8.5 Según Eduardo García Máynez	548
6.5.8.6 Significado de las normas: Generales, individualizadas, primarias y secundarias	550

6.5.8.7 Normas generales e individualizadas según Legaz y Lacambra, Bobbio, García Máynez, y Abelardo Torr�.	550
6.5.8.8 Normas primarias y secundarias en Kelsen, Hart, Prieto Sanchís, Abelardo Torr� y Alfredo Rocco.	552
6.5.8.9 Otros criterios de clasificación.	553
6.5.8.9.1 Normas sustantivas o de fondo.	554
6.5.8.9.2 Normas jurídicas adjetivas.	554
6.5.8.9.3 Las normas constitutivas y las normas regulativas.	554
6.5.9 Relaciones entre la norma jurídica y la ley.	555
6.5.10 Por la pertenencia a un sistema jurídico determinado	557
6.5.10.1 Disposiciones jurídicas completas.	557
6.5.10.2 Propositiones jurídicas incompletas	558
6.5.10.3 Prescripciones que son preceptos no normativos.	559
6.6. Los valores, los principios y las reglas	559
6.6.1 Los Principios.	562
6.6.2 Los Valores.	564
6.6.3 Las Reglas.	570
6.6.3.1 Las reglas en la Concepción Hartiana sobre el Derecho.	574
6.6.4 Relación de los principios, valores y reglas con la capacidad e incapacidad.	576
6.7 Las normas jurídicas en función de la voluntad de los particulares.	577
6.7.1 Las normas jurídicas taxativas.	579
6.7.2 Las normas jurídicas dispositivas.	581
6.7.3. Naturaleza de las normas que establecen incapacidades	582

CAPÍTULO VII

EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

7.1. Introducción.	585
7.2. El orden público.	586
7.2.1. Consideraciones previas.	587
7.2.2. Posturas sobre el mismo.	589
7.2.2.1. No es necesario definirlo.	589
7.2.2.2. Doctrina conciliadora	590
7.2.2.3. Doctrina francesa.	590
7.2.2.4. Doctrina Clásica	591
7.2.2.5. La Doctrina jurídica	592
7.2.3. Noción de orden Público	593
7.2.4. El Orden Público interno y el externo	603
7.2.4.1 El Orden público interno o nacional	604
7.2.4.1.1 Características del orden público interno	605
7.2.4.2. El Orden Público externo o internacional	605

7.2.4.2.1 En el contexto de Derecho internacional público	605
7.2.4.2.1.1 Sus características	607
7.2.4.2.2 En el contexto de Derecho internacional privado	608
7.2.4.2.2.1 Sus características	609
7.2.4.2.2.2 La excepción de Orden Público	609
7.2.5. Algunas connotaciones del orden público	611
7.2.5.1 Como presupuesto de la vida ordenada del Estado	611
7.2.5.2 En el Derecho interno público	611
7.2.5.3 En el derecho interno privado	613
7.2.5.4 En el derecho internacional privado	616
7.2.5.5 En el derecho internacional público	617
7.2.5.6 El orden público es mutable	619
7.2.5.7 El orden público debe interpretarse más en función del “Estado-comunidad” que en función del “Estado-institución”.	621
7.2.5.8 El orden público interno debe partir del derecho positivo de un Estado	624
7.2.5.9. La relación de proporcionalidad entre “el uso de la cláusula de orden público” y “el ámbito de efectividad de derechos”.	625
7.3. El <i>ius cogens</i> su origen y evolución.	626
7.3.1 <i>Ius cogens</i> en el ámbito general del derecho interno.	627
7.3.2 <i>Ius cogens</i> en el ámbito del Derecho Internacional	630
7.3.3 El Fundamento normativo del <i>ius cogens</i> internacional.	632
7.3.4 Características de las normas del <i>ius cogens</i>	633
7.4. La tutela del Orden Público y del <i>ius cogens</i>	635
7.5. El Orden Público en relación a la Capacidad jurídica y a los Derechos Fundamentales	641
7.5.1. Justificación sobre esta concomitancia	641
7.5.1.1 Por el origen de los derechos fundamentales	642
7.5.1.2. Por los límites a los derechos fundamentales	645
7.5.1.2.1. Clases de límites	647
7.5.1.2.2 Los límites de los Derechos fundamentales en la Constitución Mexicana.	649
7.6. El orden público como límite de la capacidad de goce y de los derechos fundamentales	651
7.7. El <i>ius cogens</i> internacional y la Incapacidad de goce de derechos fundamentales.	656
7.8. El orden público en relación a la capacidad de goce e incapacidad de goce	657
7.9. El orden público en relación a la capacidad e incapacidad de ejercicio	658
7.10. Necesidad de determinar la consecuencia para cada incapacidad	661
7.11. Consecuencias jurídicas de las incapacidades	662
7.11.1. Consecuencias sustantivas de la incapacidad goce y de la de ejercicio.	662
7.11.1.1 La nulidad correspondiente por incapacidad de goce.	663
7.11.1.2 La nulidad correspondiente por incapacidad de ejercicio.....	665
7.11.1.3. La convalidación	666

7.11.1.4. La presunción de validez.	667
7.11.2 <i>Consecuencias procesales de la incapacidad de goce y de la de ejercicio.</i>	669
7.11.2.1. La prescripción.	670
7.11.2.2. La legitimación.	670
7.11.2.3 La acción y excepción de nulidad por incapacidad de los contratantes.	673
7.11.2.3.1. La acción procesal de nulidad por incapacidad	674
7.11.2.3.1.1 <i>Vía acción como demanda de nulidad absoluta...</i>	676
7.11.2.3.1.2 <i>Vía acción como demanda de nulidad relativa....</i>	678
7.11.2.3.2. La excepción procesal de nulidad por incapacidad de las partes.	679
7.11.2.3.2.1. Vía excepción por incapacidad de goce para obtener la declaración de nulidad absoluta.	683
7.11.2.3.2.2 Vía excepción por incapacidad de ejercicio para obtener la nulidad relativa.	684
7.11.2.4 La sentencia de nulidad.	685
7.11.2.5 .La “in integrum restitutio” (Restitución en íntegro de la prestación).	688
CONCLUSIONES.	693
BIBLIOGRAFÍA.	703
Documentos y sitios electrónicos.	741
Cuerpos normativos.	743
ÍNDICE.	745
Cartas de aprobación de la Tesis.	757